

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PAULO HENRIQUE MARTINS DE SOUSA

**A INSUFICIÊNCIA DO PLURALISMO CONCEITUAL NAS DECISÕES DE FIM DE  
VIDA**

CURITIBA

2017

PAULO HENRIQUE MARTINS DE SOUSA

**A INSUFICIÊNCIA DO PLURALISMO CONCEITUAL NAS DECISÕES DE FIM DE  
VIDA**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Tit. José Antônio Peres Gediel

CURITIBA

2017

S725i

Sousa, Paulo Henrique Martins de

A insuficiência do pluralismo conceitual nas decisões de fim de vida / Paulo Henrique Martins de Sousa; orientador: José Antônio Peres Gediél. – Curitiba, 2017.

277 p.

Bibliografia: p. 257-277.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2017.

1. Direito à morte. 2. Eutanásia. 3. Dignidade. 4. Pluralismo. I. Gediél, José Antônio Peres. II. Título.

CDU 179.7

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**

Ata da reunião da Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Paulo Henrique Martins de Sousa**, realizada no dia vinte e dois de setembro de dois mil e dezessete, às dezoito horas.

No dia vinte e dois de setembro do ano de dois mil e dezessete, às dezoito horas, nas dependências do Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR – 3.º andar, em sessão pública, reuniu-se a Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Paulo Henrique Martins de Sousa**, sob o título “**A INSUFICIÊNCIA DO PLURALISMO CONCEITUAL NAS DECISÕES DE FIM-DE-VIDA**”. Comissão esta constituída pelos Professores Doutores José Antônio Peres Gediel (Orientador-Presidente/UFPR), Luiz Edson Fachin (UFPR), Adriana Espíndola Corrêa (UNIBRASIL), Jussara Maria Leal de Meirelles (PUC/PR) e Eroulths Cortiano Junior (UFPR) respectivos Membros, nos termos da decisão do Colegiado deste Programa. Abrindo a sessão, declarou o Senhor Presidente que o exame inicia-se com a exposição sumária pelo doutorando, no prazo máximo de sessenta minutos, sobre o conteúdo de sua Tese, em seguida cada examinador arguirá o doutorando, no prazo máximo de trinta minutos, devendo a arguição ser respondida em igual prazo ou sessenta minutos quando haja diálogo na argumentação. Assim sendo, após a exposição oral, o doutorando foi arguido sucessivamente pelos Professores Doutores José Antônio Peres Gediel, Luiz Edson Fachin, Adriana Espíndola Corrêa, Jussara Maria Leal de Meirelles e Eroulths Cortiano Junior. Em seguida, o Senhor Presidente suspendeu a sessão por dez minutos, passando a Comissão Julgadora, em sessão reservada, ao julgamento da Tese, atribuindo cada examinador a sua nota de zero a dez (equivalente de D a A). Reabrindo a sessão, foi, pelo Senhor Presidente, anunciado o resultado do julgamento, declarando ter sido aprovada a Tese, por unanimidade de votos, sendo-lhe atribuídas as seguintes notas: José Antônio Peres Gediel, 10 (dez), Luiz Edson Fachin, 10 (dez), Adriana Espíndola Corrêa, 10 (dez), Jussara Maria Leal de Meirelles, 10,0 (DEZ), Eroulths Cortiano Junior, 10,0 (DEZ), resultando a média 10 (dez), equivalente ao conceito \_\_\_\_\_. A seguir, emitiu a Comissão seu Parecer em separado, sendo a sessão encerrada pelo Senhor Presidente, o qual agradeceu a presença de todos. Do que para constar, eu, Danielle Batistela Moreira, Administradora, lavrei a presente ata que segue assinada pelos Senhores Membros da Comissão Julgadora.



## PARECER

A Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Paulo Henrique Martins de Sousa**, sob o título **A INSUFICIÊNCIA DO PLURALISMO CONCEITUAL NAS DECISÕES DE FIM-DE-VIDA**, após arguir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel - 10 (dez)

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin - 10 (dez)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Adriana Espíndola Corrêa - 10 (dez)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Jussara Maria Leal de Meirelles - 10,0 (DEZ)

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior - 10,0 ( DEZ )

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Doutor em Direito ao candidato Paulo Henrique Martins de Sousa.**

É o parecer.

Curitiba, 22 de setembro de 2017.



*À Carolina e ao Daniel*

## AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos já começam difíceis porque não é possível agradecer a apenas um orientador, mas a dois, os Profs. Fachin e Gediel. O primeiro, por ter aceitado me orientar, em 2013, e por ter continuado com a orientação enquanto seu vínculo com a UFPR se manteve, até 2015, quando assumiu a vaga no Supremo Tribunal Federal. A orientação vem de longa data, remontando à monografia, em 2010, e ao Mestrado, em 2012.

O agradecimento certamente inclui a certa opinião sobre o lugar a escolher para o estágio de pesquisa doutoral no exterior. Entre algumas grandes instituições, o Prof. Fachin me indicou o *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*. Devo grande parte da pesquisa deste trabalho ao tempo no qual permaneci na gélida, mas acolhedora, Hamburgo/Alemanha.

Apesar de trocado pelo STF, fui “herdado” pelo segundo, Prof. Gediel, cuja admiração também vem desde os tempos dos bancos da graduação. Agradeço sinceramente por ter aceitado o encargo, já que o fez mesmo durante um período mais turbulento, que inclui até mesmo uma passagem pelo exterior para estudo. Seu conhecimento e suas inquietações com os temas da bioética enriqueceram grandemente o trabalho, tenha certeza.

É preciso ainda agradecer aos membros da banca de qualificação – Profs. Eroulths, Adriana e Jussara – que viram o trabalho em construção e, conseqüentemente, ainda em estado caótico. A banca foi sincera, dura, mas também elogiosa, permitindo que eu pudesse aparar as arestas para que o trabalho bruto se tornasse digno de ser apresentado à comunidade científica com a qual eu pretendo colaborar. Especial agradecimento à Profa. Jussara, por insistir em me fazer condensar o elemento nuclear da tese, e à Profa. Adriana, pela colaboração posterior, pela bibliografia e pelas discussões.

À UFPR, certamente, eis que essa instituição está muito longe de ser, para mim, apenas um prédio simbólico aos curitibanos, ou um nome a colocar no currículo. Desde 2005 estive nos corredores de uma instituição de ensino superior pública, gratuita e laica, o que muito me orgulha. Minha carreira acadêmica deve ser creditada a essa

Universidade, desde a graduação, passando pelo Mestrado e agora com o doutorado. São doze anos de estudos dedicados ao Direito, a primeira de muitas décadas, certamente.

Se minha *alma mater* é a UFPR, o *Max-Planck-Institut* é, agora, com o perdão pela apropriação indevida, minha *alma pater*, pois o Instituto me permitiu dedicação exclusiva à pesquisa na passagem do biênio 2015/2016. Sem esse período, eu, provavelmente, não teria conseguido desenvolver esta tese adequadamente. Para lá, ficam os agradecimentos ao Prof. Dr. Jan Peter Schmidt, que intermediou minha passagem no Instituto, à Frau Elke Halsen-Raffel, que me ajudou a conduzir a candidatura.

Agradeço aos amigos que fiz em Hamburgo, que tornaram a minha estadia menos solitária sob a neve no norte alemão, mas vou evitar nominá-los todos, pelo receio de esquecer algum nome. Agradeço à equipe da *Gaestehaus der Universitaet Hamburg* pela acolhida em nome de Frau Anna-Maria Karl, que logo no primeiro dia desmistificou a frigidez e o rigorismo dos alemães. Todos na casa foram extremamente calorosos, afáveis e pessoais comigo.

Aos meus familiares, em especial à Joceli, ao Lazaro, à Mayra, à Carolina e ao Daniel, as pessoas que mais de perto viveram comigo esta tese. Num mundo cada vez mais impessoal e sem sentido, são as pessoas mais próximas que dão sentido à caminhada e nos fazem lembrar das coisas que são realmente importantes...



*El culto a la vida, si de verdad es profundo y total, es también culto a la muerte. Ambas son inseparables. Una civilización que niega a la muerte, acaba por negar a la vida.*

Octavio Paz

## **RESUMO**

Esta tese analisa a insuficiência do pluralismo conceitual nas decisões de fim de vida que, hodiernamente, é comum no ordenamento jurídico. Para demonstrar o pluralismo, analisar-se-á os conceitos formulados pela legislação, jurisprudência e literatura jurídica nas situações que envolvem a terminalidade da vida, englobando o conceito de morte revisto pelo Comitê de Harvard na metade do século passado, bem como os conceitos que se tornaram comuns, como eutanásia, suicídio assistido médico, ortotanásia, distanásia, diretivas antecipadas de vontade etc. Demonstrar-se-á a insuficiência desses conceitos pela inadequação de sua aplicação, seja por contradição, seja por sobreposição, o que impede a análise adequada das decisões de fim de vida. Analisando-se a tríade direito à vida, autonomia privada e dignidade da pessoa humana, torna-se possível repensar o fim de vida de maneira outra, de modo a tornar possível que a pessoa autônoma possa decidir sobre o fim de sua autobiografia. O direito à vida deixa de ser absoluto, o consentimento deixa de ser meramente alegórico e a dignidade da pessoa humana passa a ser vista também na morte, e não apenas na vida. A morte digna é, assim, tão relevante quanto a vida digna, foco inicial do princípio da dignidade da pessoa humana no direito. É possível, então, a partir do método tipológico, perscrutar novas possibilidades às situações terminais. O recurso ao direito estrangeiro, especificamente à Lei da Eutanásia da Bélgica, pode ser útil para demonstrar como é possível repensar limites e possibilidades às decisões de fim de vida com o afastamento do pluralismo conceitual.

Palavras-chave: Pluralismo conceitual. Decisões de fim de vida. Eutanásia, ortotanásia e distanásia. Direito de morrer. Dignidade da pessoa humana.

## ABSTRACT

This thesis analyzes the insufficiency of conceptual pluralism in the end-of-life decisions that nowadays are common in the law. To demonstrate this pluralism, the concepts formulated by legislation, jurisprudence and legal literature in situations involving the termination of life, encompassing the concept of death reviewed by the Harvard Committee in the middle of the last century, as well as concepts that have become commonplace, such as euthanasia, physician assisted suicide, *orthothanasia*, *dysthanasia*, anticipated directives of will etc. The insufficiency of these concepts will be demonstrated by the inadequacy of their application, either by contradiction or by overlapping, which block proper analysis of end-of-life decisions. Analyzing the triad right to life, private autonomy and dignity of the human person, it becomes possible to rethink the end-of-life in another way, to make it possible for the autonomous person to decide on the end of his or her autobiography. The right to life ceases to be absolute, consent ceases to be merely allegorical, and the dignity of the human person is also seen in death, and not only in life. The dignified death is thus as relevant as the dignified life, initial focus of the principle of the dignity of the human person in law. It is then possible, from the typological method, to examine new possibilities for terminal situations. The use of foreign law, specifically the Euthanasia Law of Belgium, can be useful in demonstrating how it is possible to rethink limits and possibilities to end-of-life decisions with a move away from conceptual pluralism.

Keywords: Conceptual pluralism. End-of-life decisions. Euthanasia, *orthathanasia* and *dysthanasia*. Right to die. Dignity of human person.

## RÉSUMÉ

Cette thèse analyse l'insuffisance du pluralisme conceptuel dans les décisions de fin-de-vie qui, aujourd'hui, sont communes dans l'ordre juridique. Pour démontrer le pluralisme, les concepts formulés par la législation, la jurisprudence et la littérature juridique dans les situations impliquant la fin de la vie, englobant le concept de décès examiné par le Comité de Harvard au milieu du siècle dernier, ainsi que les concepts qu'ont devenu communs, comme l'euthanasie, le suicide assisté médical, l'orthothanasie, la dysthanasie, les directives anticipées, etc. L'insuffisance de ces concepts sera démontrée par l'impossibilité de leur application, soit par contradiction, soit par chevauchement, ce qui empêche une analyse correcte des décisions en fin-de-vie. En analysant la triade du droit à la vie, l'autonomie privée et la dignité de la personne humaine, il est possible de repenser la fin de la vie de manière différente, afin de permettre à la personne autonome de décider à la fin de son autobiographie. Le droit à la vie cesse d'être absolu, le consentement cesse d'être simplement allégorique et la dignité de la personne humaine est également perçue dans la mort, et pas seulement dans la vie. La mort digne est donc si pertinente lorsque la vie digne, l'orientation initiale du principe de la dignité de la personne humaine au droit. Il est alors possible, à partir de la méthode typologique, d'examiner de nouvelles possibilités pour les situations terminales. L'utilisation du droit étranger, en particulier la Loi relative à l'euthanasie belge, peut être utile pour démontrer comment il est possible de repenser les limites et les possibilités aux décisions de fin-de-vie en évitant le pluralisme conceptuel.

Mots-clés : Pluralisme conceptuel. Décisions en fin de vie. Euthanasie, *orthothanasie* et dysthanasie. Droit de mourir. Dignité de la personne humaine.

## LISTA DE SIGLAS

ACP	-	Ação Civil Pública
ADI	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AINE	-	Anti-inflamatório não esteroide
ANT	-	<i>Assistenza Nazionale Tumori</i>
ANVISA	-	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BGH	-	<i>Bundesgerichtshof</i>
BVerfG	-	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
CC	-	Código Civil de 2002
CCB	-	Código Civil de 2002
CF	-	Constituição Federal de 1988
CFCEE	-	<i>Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie</i>
CFESP	-	<i>Cellule fédérale d'évaluation des soins palliatifs</i>
CFF	-	Conselho Federal de Farmácia
CFM	-	Conselho Federal de Medicina
CNBB	-	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
COE	-	<i>Council of Europe</i>
Cofen	-	Conselho Federal de Enfermagem
Coren	-	Conselho Regional de Enfermagem
CP	-	Código Penal de 1940
CPC	-	Código de Processo Civil de 2015
CREMESP	-	Conselho Regional de Medicina de São Paulo
CRF	-	Conselho Regional de Farmácia
CRM	-	Conselho Regional de Medicina
DF	-	Distrito Federal
DGHS	-	<i>Deutsche Gesellschaft für Humanes Sterben</i>
DJ	-	Diário da Justiça
DJe	-	Diário da Justiça Eletrônico
DPVAT	-	Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres
ECA	-	Estatuto da Criança e do Adolescente

EEG	-	Eletroencefalograma
EPD	-	Estatuto da Pessoa com Deficiência
EUA	-	Estados Unidos da América
FENOMCEO	-	<i>Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri</i>
GO	-	Goiás
HC	-	<i>Habeas Corpus</i>
HIV	-	<i>Human Immunodeficiency Virus</i>
INAMI	-	<i>Institut national d'assurance maladie-invalidité</i>
INSS	-	Instituto Nacional de Seguridade Social
JAMA	-	<i>Journal of the American Medical Association</i>
JF	-	Justiça Federal
LANT	-	<i>Legislative Assembly Of The Northern Territory</i>
MP	-	Ministério Público
MPF	-	Ministério Público Federal
OMS	-	Organização Mundial da Saúde
ONG	-	Organização Não Governamental
ONU	-	Organização das Nações Unidas
PDSA	-	<i>Patient Self Determination Act</i>
PET	-	<i>Positron Emission Tomography</i>
PL	-	Projeto de Lei
RCP	-	Ressuscitação cardiopulmonar
RE	-	Recurso Extraordinário
REsp	-	Recurso Especial
RHC	-	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RS	-	Rio Grande do Sul
RTJ	-	Revista Trimestral de Jurisprudência
SIDA	-	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
SOE	-	Sociedade Brasileira de Eubiose
SP	-	São Paulo
SPECT	-	<i>Single Photon Emission Computed Tomography</i>
STF	-	Supremo Tribunal Federal

STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
SUPPORT	-	<i>Study to understand prognoses and preferences for outcomes and risks of treatment</i>
TAFA	-	<i>The Australian Family Association</i>
TJ	-	Tribunal de Justiça
TRF	-	Tribunal Regional Federal
UFMG	-	Universidade Federal de Minas Gerais
UFPR	-	Universidade Federal do Paraná
URSS	-	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
UTI	-	Unidade de Terapia Intensiva
WHO	-	<i>World Health Organization</i>
WMA	-	<i>World Medical Association</i>
WTBATSOP	-	<i>Watch Tower Bible And Tract Society Of Pennsylvania</i>

## LISTA DE ABREVIATURAS

art.	-	artigo
cân.	-	Cânon
inc.	-	inciso
Jr.	-	Junior/Júnior
kg	-	quilograma
Min.	-	Ministro
mmHg	-	milímetro de mercúrio
pCO <sub>2</sub>	-	pressão parcial de CO <sub>2</sub> (gás carbônico)
rel.	-	relator
séc.	-	século
ss.	-	seguintes
US\$	-	dólar americano
v.	-	<i>versus</i>



## LISTA DE SÍMBOLOS

§ - párrafo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>17</b>
<b>1 PARALOGISMO CONCEITUAL NO SISTEMA JURÍDICO CONTEMPORÂNEO ....</b>	<b>29</b>
1.1 Redefinição convencional do conceito de morte .....	30
1.2 Equivocidade e superfluidez de conceitos terminais .....	58
1.3 Teoria do duplo efeito dos cuidados paliativos .....	91
<b>2 FUNDAMENTOS DAS DECISÕES DE FIM DE VIDA .....</b>	<b>107</b>
2.1 O fim da vida como direito-fonte.....	109
2.2 Autonomia, consentimento e disponibilidade de direitos .....	128
2.3 Dignidade da pessoa humana na morte .....	159
<b>3 REPERSONALIZAÇÃO DA TERMINALIDADE DA VIDA .....</b>	<b>178</b>
3.1 Da Lei da Eutanásia belga de 2005 à atualidade .....	181
3.1.1 Funcionamento do procedimento eutanásico .....	189
3.1.2 Diretivas antecipadas de vontade.....	207
3.2 Análise tipológica e concreção das decisões terminais .....	216
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>246</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>257</b>

## INTRODUÇÃO

Douglas Noël Adams, escritor e humorista britânico, narra, em sua *pièce de résistance* literária (2004, p. 160-175), que, num passado muito distante, seres pandimensionais, cansados das questões elementares sobre basicamente tudo, resolveram criar um supercomputador que pudesse resolver esses problemas. O computador, do tamanho de uma cidade pequena, de maneira messiânica, reconhece que ele seria o segundo maior computador do mundo, atrás apenas do computador que ainda viria.

Quando questionado sobre uma resposta clara e simples a todas as incômodas perguntas relacionadas “à vida, ao universo e a tudo o mais”, o Pensador Profundo refletiu e esclareceu que tomaria sete milhões e quinhentos mil anos para obter a resposta. Chegado o Grande Dia da Iluminação, dois representantes desse povo questionaram o computador, que, após, alguma reticência, respondeu:

- A resposta à Grande Questão...
- Sim...!
- Da Vida, o Universo e Tudo o Mais...
- Sim...!
- É... – disse Pensador Profundo, e fez uma pausa.
- Sim...!
- É...
- Sim...!!!...?
- Quarenta e dois – disse Pensador Profundo, com uma majestade e uma tranquilidade infinitas.

Incrédulos, os dois interlocutores questionam a máquina que, placidamente, assevera que a resposta é exatamente essa. O problema é que eles não sabiam adequadamente a pergunta a ser feita. Quando compreendessem a pergunta, a resposta faria sentido. Questionado sobre a pergunta, o Pensador Profundo afirma que ele não teria capacidade para calculá-la, mas que sabia quem poderia: o maior computador de todos.

Ele, então, ajuda os seres hiperinteligentes a projetar uma máquina de complexidade sutil e infinita, estruturada na própria vida orgânica, cujo nome era: Terra. Esse computador seria capaz de, em dez milhões de anos, responder à Pergunta sobre

a Resposta Fundamental. O tragicômico da obra é que a Terra é destruída, minutos antes de a pergunta estar pronta, por um povo intergaláctico que avisara da destruição do planeta – e não fora compreendido, obviamente – há tempos.

Adams desnuda, em sua simples, mas poderosa peça ficcional, a aflição humana acerca das “perguntas fundamentais”. Se as questões que envolvem “a vida, o universo e tudo mais” são tão angustiantes, mesmo que se permita perscrutar sobre elas por milênios, como vêm fazendo os filósofos, as questões que envolvem a morte são ainda mais complexas, ante a limitação própria que os humanos têm quanto a ela.

Octavio Paz, o “escritor da morte” mexicano, trabalhou com maestria o assunto em suas obras em diversos momentos. A tradicional veneração dos mortos do país, longe de ser lúgubre ao autor (PAZ, O., 1994), é poética e evoca sentimentos profundos e sinceros: *“Somos juguetes del tiempo y de sus accidentes: la enfermedad y la vejez, que desfiguran el cuerpo y extravían el alma. Pero el amor una de las respuestas que el hombre ha inventado para mirar de frente a la muerte”*.<sup>1</sup>

Numa passagem de obra sua, cujo início da reflexão é precisamente a epígrafe deste trabalho, Octavio Paz (2015) afirma que há, como consequência do progresso da técnica moderna, o desprezo da vida, que fica implícito em toda ocultação voluntária da morte; é inútil excluir a morte das representações, das palavras, das ideias, porque ela acabará por suprimir a todos, mesmo que seja ignorada ou que finjam a ignorar.

Mas nem sempre foi assim, Ariès (2014, p. 6-12) destaca que, na alta Idade Média, a morte comum nunca se apoderava traiçoeiramente da pessoa, mesmo que accidental. Havia tempo para perceber a morte; via-se sua proximidade. A sociedade do

---

<sup>1</sup> Como parte bastante substancial da literatura jurídica, jurisprudência e legislação citadas ao longo de todo o trabalho é em língua estrangeira, notadamente inglês, francês, italiano, espanhol e alemão, optou-se por não se reproduzir as passagens, no corpo do texto, no vernáculo, e em nota de rodapé no idioma original, pois isso tomaria espaço demasiado e dificultaria sobremaneira a leitura. No caso das citações indiretas, isso ocasionaria ainda mais transtornos, com extensas transcrições dos originais, pelo que se preferiu traduzir diretamente das diferentes línguas estrangeiras ao português, sem menção expressa a respeito. Assim, o leitor pode presumir, *juris et de jure*, que as obras estrangeiras que constam nas referências bibliográficas foram traduzidas diretamente pelo autor, sempre com a crítica pertinente a eventual tradução inadequada.

Embora dissesse o poeta Robert Frost que “a poesia é o que se perde na tradução”, em realidade, o original já é a tradução do “mentalês”, do pensamento do poeta, somente um ponto de partida, como diz Nelson Ascher (2003, não paginado). O mesmo ocorre com o direito, já que o significado dos significantes, para além dos aspectos linguísticos, assume peculiaridades próprias em cada ordenamento jurídico, intraduzíveis, por assim dizer. Pretendeu-se, ainda assim, ser ao mesmo tempo o mais fiel possível ao texto original e adequá-lo à realidade jurídico-linguística nacional.

séc. XVII ridicularizava indulgentemente os “velhos” (com 50 anos) que tinham apego à vida, porque furtar-se aos avisos dela era expor-se ao ridículo na sociedade. Não havia pressa para morrer, mas, chegada a hora, morria-se sem precipitação ou atraso.

O moribundo aceitava a fatalidade, concordante ou discordante dela, de maneira quase plácida. Por isso, Ariès chama a morte do medievo de morte familiar, de morte domada. Domada não no sentido de que antes a morte era selvagem e foi domesticada, mas que a morte hodierna é selvagem, enquanto que anteriormente não era; a morte antiga era “domada”. Já na baixa Idade Média, a compreensão sobre a morte se altera radicalmente, e ela se torna “selvagem”. Apesar de relevante, tenta-se diminuir sua intensidade, banalizando-se-a; a morte é desprestigiada e secularizada, perdendo seu caráter mágico (ARIÈS, 2014, p. 407).

No séc. XX, a morte desaparece completamente do cotidiano da sociedade, permanecendo apenas a presença da morte dos grandes homens públicos. A morte é levada à clandestinidade – “a vida continua como antes”. Um processo que se iniciara já no fim do séc. XVIII se torna o comum: a tutela do moribundo pelos familiares, que se resigna com a morte ou mesmo a deseja. Os familiares passam a dissimular a morte ao expirante o quanto seja possível (ARIÈS, 2014, p. 756).

Em parte, esse movimento de encobrimento da morte também corresponde, a partir dos anos 1960, ao movimento da “felicidade artificial”. Os médicos-engenheiros criaram a “felicidade permanente” – obviamente insustentável – que se mostrou mais funcional que a religião para criar a sensação de bem-estar. Na sequência, a reação dos religiosos foi abandonar a premissa de que a verdadeira felicidade só é alcançável no além-mundo, passando eles a defender a possibilidade de felicidade plena neste mundo (DWORKIN, 2007, p. 257-260).

Se a felicidade convencional é possível no presente, desnecessário ansiar por uma felicidade peculiar, que exige renúncia e sacrifício do prazer presente em prol de algo tão irreal contido num futuro distante. Assim, o anseio por bem-estar permanente alimenta a medicalização da vida e transforma a morte no fim de todo o prazer possível. Os mortos são um lembrete desse limite à vida medicalizada e à “felicidade artificial”, por isso precisa ser dissimulada, ocultada e até mesmo excluída.

“Pouco a pouco, *os mortos deixam de existir*. Eles são rejeitados, jogados para fora da circulação simbólica do grupo [...]. Porque hoje *não é normal estar morto*, e isso é novo. Estar morto é uma anomalia inconcebível, [...] um desvio incurável” (BAUDRILLARD, 1996, p. 173). Por isso as sociedades contemporâneas negam o espaço e o tempo aos mortos. Nada de cemitérios nos centros, mas apenas nas periferias; nada de cortejos fúnebres, apenas despedidas céleres.

A ciência contemporânea conseguiu, com grande êxito, prolongar a vida humana por décadas. A expectativa de vida nunca foi tão alta quanto nos últimos tempos e a tendência é de que continue se expandindo, especialmente nos países em desenvolvimento, como o Brasil. A morte, que passa por esse lento processo de ocultamento, fica confinada aos hospitais, sobretudo nos países mais industrializados. As discussões sobre ela se tornam discussões médicas, portanto.

Quando se fala nos fenômenos terminais e nas decisões de fim de vida, um ícone da contenda indubitavelmente vem à tona: a eutanásia. Como esse termo se tornou de conhecimento mais ou menos generalizado, as questões acabam sendo polarizadas a partir da imagem mental da eutanásia, numa espécie de “excepcionalismo terminal”.<sup>2</sup> Na

---

<sup>2</sup> O termo excepcionalismo tem origem controversa. Alguns atribuem sua cunhagem a Alexis de Tocqueville relativamente ao fato de os EUA ter se encontrado em momento histórico e geográfico excepcionais que teria permitido a ascensão do país como a primeira democracia moderna. Daí a expressão teria adquirido um tom nacionalista, em contraposição ao “espírito da classe operária” da nascente URSS. Na década de 1920, antes da quebra da Bolsa da Nova York, a expressão “excepcionalismo americano” foi usada pelo Partido Comunista americano para representar pretensão “estado de equilíbrio” do capitalismo estadunidense, que afastava o proletariado do país em direção à revolução.

No início da década de 1990, o termo foi apropriado medicamente, transformando-se em “excepcionalismo do HIV”, para justificar que o tratamento da moléstia, tanto em termos médicos quanto em políticos e legais, deveria ser diferente das demais doenças infectocontagiosas, incluindo as demais doenças sexualmente transmissíveis, dadas as suas peculiaridades. No final da década de 1990, o termo se tornou a expressão “excepcionalismo genético”, significando, mais ou menos no mesmo sentido do “excepcionalismo do HIV”, que a genética levantava discussões éticas e legais tão únicas que deveria ser tratada de maneira apartada das demais (ROTHSTEIN, 2015, p. 61; WEISBROT, 2009, p. 326).

A razão para isso era que a genética trazia implicações tão profundas na sociedade que ela demandava uma análise peculiar, especialmente em relação à informação genética. Por isso, as normas sobre privacidade e discriminação genética são, nos EUA, específicas ou “excepcionais”. A crítica é que houve tamanha regulação específica relativamente à informação genética que as demais informações da pessoa ficam desprotegidas; a regulação contra a discriminação genética é tão excepcional que as demais formas de discriminação pouco foram combatidas. Por conta disso, o excepcionalismo, que se pretende bastante protetivo, acaba se tornando, ao final, seu oposto, continuando as informações *latu sensu* desprotegidas e as pessoas, no geral, a serem discriminadas, fenotipicamente.

Knoppers (2005, p. 21-23) utiliza o termo para explicar como uma miríade de temas é resumida, retoricamente, para polarizar determinado tema, de modo que todas as demais facetas da questão se tornam, na prática, irrelevantes. Ela utiliza o exemplo da ovelha Dolly, de modo a exemplificar como a maioria esmagadora dos países se concentrou tanto em proibir a clonagem humana a tal ponto de não se

maioria dos casos, assim, se preocupa tanto com o “excepcionalismo” da eutanásia que se deixa de discutir os demais temas concernentes às decisões de fim de vida.

Isso fica claro pelo noticiário, nacional ou internacional. Qualquer ordenamento jurídico que seja alterado de modo a permitir as diretivas antecipadas de vontade, ou a chamada ortotanásia; qualquer sistema de saúde que seja readequado para a criação de unidades de cuidados paliativos e no qual se introduzam medicamentos com duplo efeito não são dignos de nota. Apenas quando a eutanásia entra em pauta é que a atenção se volta às decisões de fim de vida.

Por conta desse “excepcionalismo terminal”, contraditoriamente, não se consegue proteger adequadamente as pessoas em face das possibilidades deletérias da assunção de um “direito de morrer”, ao mesmo tempo criminalizado e desregulado. Igualmente, se afasta as pessoas dos benefícios que as decisões terminais podem gerar quando do epílogo da vida, incluindo-se, no direito à vida, o direito a morrer com dignidade.

A discussão sobre a eutanásia encobre e afasta as demais. Mesmo que estatisticamente muito menos relevante que as demais decisões de fim de vida, esse “monopólio eutanásico” acaba soterrando as dificuldades de se tratar a autonomia da pessoa em momento ímpar de sua vida. Sua simples proscrição parece capaz de afastar “fantasmas do passado” e de criar problemas futuros, mas a ilusão nessa crença apenas releva o mito da segurança jurídica criada pelo pluralismo conceitual.

Indubitavelmente, discutir “morte digna”, “direito de morrer” e decisões de fim de vida, requer revisitar a própria morte. Mesmo que ignorada, como diz Octavio Paz, ela acabará por suprimir a todos; a morte é, talvez, a única certeza da vida, há tempos repetem diferentes ditados populares. Essa aparente contradição – em realidade, uma complementaridade – é reveladora.

Revela como a vida explica a morte e a morte explica a vida; não são as duas faces de uma mesma moeda, ou irmãs siamesas, mas uma única coisa. Morre-se enquanto se vive; vive-se enquanto se morre. É por isso que soa de artificialismo sem igual pretender compreender o direito à vida sem o direito de morrer – ainda que se possa

---

discutir mais os demais impactos relativos às políticas públicas ligados à genética. Isso criou, ao mesmo tempo, e contraditoriamente, a falta de proteção contra os avanços tecnológicos nefastos e retrocesso quanto aos avanços tecnológicos possivelmente positivos.

discordar veementemente da forma como fazê-lo –; compreender noções de vida digna sem a consequente morte digna.

A despeito dessa justaposição, a morte nem sempre teve a mesma interpretação, como mostra Ariès (2014, p. 538). De uma noção de morte-estado, ou morte-processo, passou-se à morte-ato. Se o homem da Alta Idade Média morria por dias, seu sucessor morria num instante. Não que a morte em si mesma tenha se alterado, mas sua percepção muda. O cientificismo declara que a morte é apenas a “parada da máquina”; nada mais. A medicina, que não se ocupava dos mortos, apenas dos moribundos, ainda que a contragosto, inicialmente, se apropria da morte

A medicina alterou até mesmo o conceito de morte, que perdurara por milênios, transformando pessoas que respiram em mortos e ressuscitando os “mortos” por meio de técnicas emergenciais cardiopulmonares (ressuscitação cardiopulmonar – RCP). Inicia-se, então, a “medicalização” da morte. Se na primeira quadra do séc. XIX a visita a um médico era praticamente inexistente, na última já se tornara providência esperada e necessária.

Uma nova imagem da morte se forma no final do séc. XIX; a morte feia e escondida. Ela primeiro se esconde nas casas, onde o contato do moribundo nauseabundo com as pessoas é restringido, porque a sociedade burguesa erige a higiene como um valor a ser cultuado. A morte inconveniente e indecente termina escondida no hospital, timidamente na década de 1930, e de maneira generalizada a partir de 1950. Os tratamentos exigentes e prolongados e os grandes aparelhos médicos exigiam com mais frequência que o doente grave permanecesse mais tempo no hospital (ARIÈS, 2014, p. 766-770).

A alteração do conceito de morte gerou consequências avassaladoras nas mais mezinhas noções jurídicas, mas a convencionalidade dessa conceituação ainda gera disputas e dificuldades. O conceito de morte encefálica é encarado com reservas mesmo pelos médicos, que têm dificuldade em assimilar que a morte encefálica efetivamente signifique morte “natural”. No entanto, a modificação utilitarista parece ter agradado a todos, ao menos num primeiro momento, pelo que persiste, a despeito de suas evidentes inconveniências (Capítulo I, 1).



A morte é excluída da realidade social; torna-se secreta, pudica. Os sentimentos públicos pelo decesso deixam de ser esperados para se tornarem, numa exaltação de “boa educação”, sentimentos que exigem discrição. Tornou-se necessário apreender e dominar a morte e o luto, que foram paulatinamente interditados. Essa interdição faz com que os rituais, os hábitos e os códigos de comportamento que domavam a morte sejam abandonados e a morte se torna selvagem (ARIÈS, 2014, p. 781)

A “naturalidade” da morte deixa de ser evidente. Por isso, de modo a se compreender os atos que circundam as pessoas em seus momentos finais de vida, criou-se uma miríade de noções: eutanásia, ortotanásia, distanásia, cuidados paliativos, diretivas antecipadas de vontade etc., que tentam dar conta de compreender e conter o fenômeno. A pluralidade conceitual domina os ordenamentos jurídicos, tanto nas confusas legislações quanto na contraditória literatura jurídica (Capítulo I, 2).

A morte passa a ser assunto técnico, cujo controle e disciplina não apenas podem – antes devem – ser repassados à ciência médica. Ela pertence à instituição hospitalar, ficando regulada e organizada pela burocracia que trata da morte como seu espaço, criando-se uma “gestão da morte”.<sup>3</sup> O direito, por sua vez, se apropria da tecno-ciência para também erigir sua compreensão técnico-jurídica da morte e seus fenômenos, precisamente surgindo aí o ímpeto conceitual a se aplicar à terminalidade da vida.

Esses conceitos pretendem encerrar as discussões que envolvem as decisões de fim de vida, seja para limitar a obstinação terapêutica, seja para evitar que haja abandono da pessoa em situação terminal, seja para proscrever ou permitir condutas. Inclusive, a criação de medicamentos de efeito antálgico poderoso, cujo efeito é tão eficaz que pode reduzir sensivelmente o tempo de vida da pessoa, criou um dilema moral profundo: matar é diferente de morrer? A teoria do duplo efeito dos cuidados paliativos coloca em cheque o próprio conceito forjado para a eutanásia e sua distinção para com a ortotanásia (Capítulo I, 3).

---

<sup>3</sup> A *management of death* pelas instituições hospitalares é explicada pelo triunfo da medicalização da morte ocorrida depois da Segunda Guerra Mundial. Ariès (2014, passim) vai explicar esse movimento em sua obra, que culmina, mais recentemente, num *acceptable style of dying* muito peculiar das últimas décadas. A interdição da morte é um processo longo, de mais de mil anos, que relega, nestes tempos, a morte à burocracia hospitalar, em grande parte por conta do aumento da expectativa de vida que faz com que as pessoas morram apenas em idade avançada, vitimadas por doenças graves que exigem um aparato terapêutico formidável. Consequentemente, nos países industrializados, morrer “naturalmente” e fora do ambiente hospitalar é cada vez mais incomum.

O pluralismo conceitual, então, demonstra sua incapacidade em dar conta das decisões de fim de vida. Necessário se passar novamente pelo filtro dos fundamentos jurídicos que permitem reavaliar esses fenômenos. A emolduração dos conceitos clássicos, capturados pelo direito contemporâneo de maneira a enquadrá-los e aplicá-los a situações concretas, gera numerosos atritos. Por isso, é necessário rever os sentidos, os limites e as possibilidades de alguns direitos fundamentais.

As discussões atinentes ao chamado “direito de morrer” não são recentes. A polêmica travada por Savigny e Puchta, no séc. XIX, sobre a existência de um direito subjetivo sobre o corpo marca bem a discussão. O afastamento do direito subjetivo ao próprio corpo se pautou, para além das discussões de cunho mais técnico, precisamente porque sua assunção implicaria reconhecer a disponibilidade de si próprio. Se legitimada tal disponibilidade, legitimado estaria o suicídio (CORRÊA, 2010a, p. 58-59).

Ao se tratar de decisões de fim de vida, é fundamental rever as razões pela qual o direito à vida se tornou foco de tamanhas discussões (Capítulo II, 1). Foucault resume a história do biopoder como uma evolução do “deixar viver e fazer morrer” ao “fazer viver e deixar morrer” sem dizer muito sobre os “modos” de controle sobre o corpo. Há aparente delegação ao cidadão do direito de viver, ou não, de “fazer viver e deixar viver”, ou não, e de “deixar morrer e fazer morrer”. Essa aparente delegação em realidade se dá pelo “cuidado de si”, uma ideia contemporânea que está melhor adaptada a dar conta das mudanças hodiernas (MEMMI, 2003, p. 55).

Esse “cuidado de si” encontra seu limite nas decisões terminais. A aparente delegação à pessoa acerca do “deixar morrer e fazer morrer”, a escolha entre os cuidados paliativos e a eutanásia, por exemplo, é meramente aparente. O direito à vida, tido anteriormente como absoluto e indisponível, parecia se opor às decisões terminais de maneira completa e irrestrita. Esse direito, porém, não é mais tido como absoluto, pelo que se passa a questionar os limites do “consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida” (MARTEL, 2010). <sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Na tese, que recebeu o Prêmio Capes 2011 de melhor tese jurídica, Martel se ocupa de analisar os limites ao consentimento quanto à limitação do direito à vida, precisamente porque a fórmula “os direitos fundamentais são indisponíveis”, o que inclui evidentemente o direito à vida, é repetida de modo irrefletido constantemente. Defende que, apesar de a indisponibilidade do direito à vida se justificar em linha de princípio, em determinadas hipóteses se permite a disposição de posições subjetivas do direito fundamental

A autonomia privada retoma seu assento nuclear no debate, mas não mais nos moldes liberais que foram a fundação do direito privado moderno, em especial na França pós-revolucionária. Não se trata da autonomia pensada a dar sustentação a institutos jurídicos patrimoniais e nem da vetusta autonomia da vontade, na qual a vontade do sujeito era soberana na regência de seus interesses econômicos.

Trata-se da autonomia para decidir acerca dos fenômenos existenciais, sobre o projeto de vida da pessoa, sobre sua autobiografia, especialmente em seu ocaso (Capítulo II, 2). De maneira bastante superficial, no ordenamento jurídico brasileiro, limita-se a autonomia da pessoa sobre si mesma pela classificação jurídica do corpo, em sua integralidade ou suas partes destacáveis, como coisa fora do comércio (GEDIEL, 2000, p. 170-172). A mera classificação, porém, não consegue afastar o reclamo sobre a dignidade na terminalidade.

Se o reclamo da dignidade da pessoa humana se pauta habitualmente na “vida digna”, no mínimo existencial (TORRES, 2009), no patrimônio mínimo (FACHIN, 2006), é de pensá-la igualmente na “morte digna”. Os avanços dos tratamentos médicos, que tiveram o condão de melhorar a qualidade e a expectativa de vida extraordinariamente em poucas gerações, tiveram como “efeito colateral” uma radical mudança de perspectiva da sociedade sobre a morte, como disse Ariès.

Essa mudança, que gerou a expectativa de que a morte poderia ser vencida graças aos prodígios da tecnociência, criou a tendência clínica de tentar retardar a morte e mesmo impedi-la de maneira obstinada. A obstinação terapêutica, outrora positiva, mostrou-se atentatória à vida digna e impedimento à morte digna. A dignidade da pessoa humana, revisitada, e imantada pela autonomia, dota a pessoa de possibilidades de retomar o papel central em sua própria morte, sem que se recaia no *slippery slope argument*<sup>5</sup> (Capítulo II, 3).

---

à vida, quais sejam a recusa genuína em iniciar ou continuar intervenções médicas de manutenção ou prolongamento da vida.

Não obstante, suas premissas e conclusões ainda se assentam no pluralismo conceitual, como se observa quando a autora analisa as consequências da assunção de sua tese: “A diferença entre a LCT e os cuidados paliativos, de um lado, e a eutanásia e o suicídio assistido, de outro, é bem assentada e aceita em diversos sistemas jurídicos, estando fundada em elementos *tradicionais* dos sistemas, como a *causalidade* e a *intencionalidade*” (MARTEL, 2010, p. 428).

<sup>5</sup> A técnica argumentativa da “ladeira escorregadia”, numa tradução comum do *slippery slope argument*, é utilizada a partir de uma estrutura de lógica argumentativa muito comum, especialmente no direito e na política.

De posse desses fundamentos, é possível repersonalizar a terminalidade da vida, dotando a pessoa de autonomia e dignificando o processo inescapável a todos. Partir-se-á de um ordenamento jurídico no qual as decisões de fim de vida sejam pautadas pela autonomia da pessoa. A legislação belga não se presta a um modelo *prêt-à-porter* a ser transplantado no Brasil, já que nem mesmo ela afasta o pluralismo conceitual. O objetivo não é utilizar esse arcabouço normativo como escopo legislativo, como modelo ou exemplo, mas como ponto de partida.

São normas que refletem um “outro lugar” no governo jurídico da vida e da morte, tornado possível explorar possibilidades outras que são negadas no ordenamento jurídico nacional. Não se trata, igualmente, de direito comparado, porque a tese não pretende fazê-lo, seja com a legislação belga, seja com as demais fontes normativas estrangeiras utilizadas ao longo do trabalho. A escolha desse ordenamento jurídico específico obedece a algumas contingências, tendo ele se mostrado um ponto de partida adequado para se examinar o funcionamento das decisões de fim de vida num contexto de permissão, e não de proscrição (Capítulo III, 1).<sup>6</sup>

---

Não se sabe ao certo quando surgiu esse tipo de técnica, sendo ela chamada por vários nomes, por vezes em sentido idêntico, por vezes com sentido assemelhado, apenas, como “efeito dominó”, “efeito bola de neve”, “você dá a mão e já querem o braço” ou a metáfora inglesa do “nariz do camelo na tenda” (supostamente baseado num provérbio árabe antigo: “*If the camel once gets his nose in the tent, his body will soon follow*”).

Esse argumento tem três características essenciais: um argumento inicial aparentemente aceitável e razoável; um “caso perigoso”, um argumento posterior que se decide claramente inaceitável; e um “mecanismo” pelo qual aceitar o argumento inicial e tomar a decisão inicial aumenta a probabilidade de aceitar o argumento posterior e tomar a decisão posterior (RIZZO; WHITMAN, 2003, p. 541-544).

Ao que parece, a expressão “efeito bola de neve” seria mais adequada, já que em língua portuguesa não é corrente ou conhecida essa expressão traduzida diretamente da língua inglesa. Não obstante, o uso corrente da expressão “efeito bola de neve” não parece traduzir exatamente a técnica argumentativa em comento. Isso porque o “efeito bola de neve” parece ter extensão mais quantitativa do que qualitativa. Vale dizer, algo que, com o tempo, toma proporções maiores, sem que isso tenha significância qualitativa. O *slippery slope argument* tem conotação de algo que com o tempo necessariamente vai ocorrer, como o “efeito dominó”: o segundo dominó necessariamente vai cair, sendo que a expressão se aplica tanto para dois dominós quanto para milhares.

Por isso, de maneira um tanto arbitrária, mas que parece mais tecnicamente adequada, se adotará a expressão “efeito dominó” para se tratar do *slippery slope argument*, o “argumento da ladeira escorregadia” ao longo do texto, mencionando-o no original, aqui, para que se compreenda o sentido dado à expressão.

<sup>6</sup> Há vários fatores que levaram à escolha desse país. Inicialmente, é difícil classificar os países em relação à permissão ao chamado “direito de morrer”, já que as classificações partem da distinção conceitual entre eutanásia (ativa e passiva) e suicídio assistido, o que contraria os objetivos da tese. Usando o critério tradicional, a eutanásia é permitida em alguns países, como Bélgica, Países Baixos, Luxemburgo e Colômbia; ao passo que a assistência ao suicídio é permitida em outros, como Suíça, Canadá e alguns estados dos EUA (Oregon, Vermont, Califórnia etc.). Não obstante, muitos países ficam numa espécie de “limbo”, porque não permitem atos terminais, mas não os punem, ainda que o possam, segundo as

Adiante, de modo a se afastar o conceitualismo puro, ver-se-á a possibilidade de aplicação da noção de “tipo” às decisões de fim de vida. A partir da assunção de um modelo tipológico, pode-se revisitar os fenômenos terminais, dando novos sentidos e significados aos significantes tradicionais encerrados nos conceitos que orbitam ao redor das situações terminais. Não se propõe o abandono completo dos conceitos que envolvem a terminalidade, até porque afastar os conceitos no direito não é tarefa passível de ser feita em apenas uma tese.

É necessário, entretanto, compreender, a partir do tipo, como esses conceitos podem ser vistos sob outra perspectiva. Objetiva-se, com o pensamento tipológico, tornar os conceitos apenas um ponto de partida para as discussões concernentes ao ocaso da vida e a antecipação da morte, e não seu fim. Com o “tipo” em vista, pode-se afastar o confuso e contraditório pluralismo conceitual hodiernamente comum, que apenas esmaece a realidade concreta e gera falsa percepção de segurança jurídica (Capítulo III, 2).

Afasta-se, assim, o *maelstrom* que existe em torno das decisões de fim de vida, de modo a recolocar, novamente, a pessoa no centro dessas discussões. Isso porque a

---

legislações locais e códigos de ética médica, como Alemanha, Reino Unido e Japão (geralmente sob o pálio da teoria do duplo efeito dos cuidados paliativos e/ou a partir da atipicidade da assistência ao suicídio). O primeiro critério para a escolha foi o “grau de liberdade” das escolhas terminais. Assim, descartam-se os ordenamentos que proíbem a “eutanásia ativa” e os países que estão no “limbo”, restando apenas os primeiros mencionados. No entanto, seria possível se valer de ordenamentos nos quais a assistência ao suicídio é permitida, mas não a eutanásia, quando a assistência tem clara semelhança, em seu funcionamento, com a eutanásia, como a Suíça.

O segundo critério é a “publicidade”, vista pela disponibilidade de dados, relatórios, estatísticas, sobre as práticas, e de literatura jurídica a respeito. Por isso, ordenamentos mais recentes, como a Colômbia e a maioria dos estados norte-americanos, foram descartados, porque ainda iniciam essas práticas, não havendo “material bruto” considerável para análise, antes apenas expectativas, projeções e dados indiretos.

O terceiro critério é a possibilidade de “conhecimento direto” das fontes legais (incluindo legislação, jurisprudência e literatura jurídica especializada). Por isso, descartam-se ordenamentos cuja língua seja um impeditivo de conhecimento direto, como os Países Baixos, podendo-se apenas analisar os elementos jurídicos a partir de fontes indiretas. Igualmente, somando-se ao segundo critério, descartam-se os ordenamentos que, apesar de mais antigos, não tornam públicas quaisquer informações, impedindo o contato com a realidade prática.

Por fim, um quarto critério é o da “maturidade” das discussões jurídicas envolvendo as decisões de fim de vida, critério esse intimamente ligado ao anterior. As legislações belga e neerlandesa foram aprovadas e entraram em vigor quase concomitantemente (28 de maio de 2002 e 1º de abril de 2002, respectivamente), o que traz análises que partem do funcionamento efetivo e cotidiano das práticas eutanásicas há mais de uma década.

O sistema belga é sem igual, como se evidenciará ao longo do trabalho, justamente pela “publicidade”. Os relatórios que são periodicamente aprovados e publicados pela Comissão que trata do assunto são fonte excepcional para a análise deste trabalho. Adiante, ver-se-á, em mais detalhes, maiores razões.

moldura jurídica instaurada com a atual codificação a respeito da terminalidade vem sendo, paulatinamente, atropelada pela força construtiva dos fatos e se vê rompida pelo texto constitucional (FACHIN, 2010, p. 36). Os caminhos apenas começam, mas “partir para essa travessia mesmo com a consciência da incerteza e do acaso é a fonte que nos ilumina a matar a sede do que não tem nome e a saciar a fome da utopia” (FACHIN, 2010, p. 41).

Tratar de um tema tão difícil é tarefa árdua, por certo. Mas não se pode rechaçar a morte, porque ela faz parte da vida. Isso significa que não se pode escamotear a morte e as decisões que a rodeiam. A vida digna exige uma morte digna, ou, como disse Octavio Paz, em seu discurso à Academia Sueca, quando do recebimento do Prêmio Nobel de Literatura de 1990, ante o reconhecimento de sua escrita apaixonada, caracterizada pela integridade humanista, “*vivir bien exige morir bien*”.

## 1 PARALOGISMO CONCEITUAL NO SISTEMA JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Kerridge, Lowe e Mcphee (2005, p. 367) afirmam que, recentemente, se focou mais atenção nos fatores que fazem uma “morte ruim” e uma “morte boa”. Contribuem para uma morte ruim a falta de comunicação sincera, as dificuldades em fixar cuidadoso prognóstico e a falta de planejamento de tratamentos de fim de vida. Contribuiriam para uma morte boa o controle (autonomia) do paciente sobre os fatores relacionados aos tratamentos de saúde, incluindo o controle da dor e dos sintomas, o lugar da morte e a presença de outras pessoas no momento da morte; o acesso à informação, expertise, unidades de cuidados paliativos e apoio emocional e espiritual; a percepção de atingir um senso de completude, encerramento, da própria vida.

Medidas para aperfeiçoar os tratamentos de fim de vida incluiriam auxílio para tratamentos paliativos, unidades de cuidados paliativos (*hospice care*), adoção das diretivas antecipadas, educação dos profissionais de saúde em relação a diretrizes de uma morte boa e a integração das soluções de tratamentos para os moribundos. Essas soluções geralmente necessitariam a aceitação de que, na aproximação da morte, intervenções desnecessárias, medicamentos, exames e observações clínicas sejam cessadas; controle de dor e sintomas e conforto básico sejam maximizados; assuntos morais e espirituais sejam tratados; negócios incompletos sejam finalizados; e de que paciente e familiares continuem informados, concluem os autores.

A despeito disso, as discussões envolvendo a terminalidade da vida continuam a se focar numa perspectiva conceitual, ou seja, há a necessidade de se fixar a “morte como ela é” e como são todos os elementos que a circundam. Deixa-se de se focar na pessoa humana para que conceitos de difícil aceitação, contraprova ou mesmo utilidade, sejam continuamente criados.

Repetidas camadas conceituais vão, paulatinamente, tornando lateral o elemento central de qualquer conceito que se pretenda estabelecer quando das decisões de fim de vida. O moribundo, então, vê sua realidade transformada numa disputa que se encerra no paralogismo conceitual e impede que o direito analise, fundamentalmente, os problemas que se encerram quando da terminalidade da vida.



### 1.1 Redefinição convencional do conceito de morte

Ariès (2014, p. 529-535) afiança que, na baixa Idade Média, houve uma reinterpretação dos testemunhos antigos de “ressureição”, que se provaram, em realidade, a inumação excessivamente antecipada. Os crescentes casos de “mortos-vivos”, que levantavam dos caixões e gritavam das covas fez surgir o clamor para que os médicos atestassem a morte das pessoas.

Não obstante, foi preciso vencer a rejeição dos médicos e forçá-los a verificar a morte das pessoas, pois era habitual que eles se retirassem de onde estava o moribundo antes que o decesso se consumasse. Não era atitude de “civildade” do médico visitar o morto. O passamento deveria ocorrer sem que uma pessoa estranha à *entourage* do moribundo estivesse presente.

Séculos depois, não apenas a verificação da morte passou a ser incumbência médica, como também os critérios dessa verificação. Os médicos não mais se limitam apenas a “reconhecer” a morte, passando também a estabelecer especificamente o que é a morte; em outras palavras, a morte passou a ser assunto médico, eminentemente.

Há quem afirme que o critério de verificação da morte – que valeria para qualquer vida – seria substancial, não meramente convencional, como a maioria defende, com base nas definições contemporâneas de morte. Eusebi (2009, p. 210-211), por exemplo, sustenta que a morte é o término da coordenação unitária do organismo, e, portanto, o processo no qual se sustenta a vida de cada indivíduo.

O autor esclarece que não é necessário haver a degeneração de todas as células que compõem o corpo de um organismo adulto para que se o considere morto, ou que ainda é vivo o indivíduo que, logo antes de morrer, fora colocado numa unidade de terapia intensiva, e alguns de seus órgãos, ou mesmo a interação parcialmente coordenada de alguns sistemas corporais, se mantenha.

Os critérios para se estabelecer quando a coordenação unitária cessou se estabeleceriam com a morte completa do cérebro, que seria irreversível e verificável empiricamente. Mesmo a legislação estabeleceria critérios claros para que se certifique acerca da morte encefálica da pessoa, mas não se poderia duvidar do critério cerebral da morte.



Não que o corpo signifique a integralidade do ser humano. O “humano” vai além de integridade meramente somática, mas é psicossomática. A pessoa que procura um médico não pretende o conserto somente da máquina orgânica ou somente de uma entidade incorpórea que “tem” ou “possui” um corpo; apresenta-se como uma unidade psicofísica que está disfuncional, por variadas razões, e que quer restaurar a sensação implícita e o fato funcional com o qual se sente livre para ir em frente, afirma Kass (2009, p. 352).

Eusebi (2011, p. 213) diz que isso não significa que se deva levar adiante a vida a qualquer custo, com a utilização de todo o arsenal técnico disponível, para se conseguir, ao fim, mera margem de procrastinação. Deve-se reconhecer que a vida humana é mortal e que, paradoxalmente, isso faz parte de sua dignidade, que há uma esfera de contingente. Compreender a vida em sua integralidade significa compreender que a vida traz, em si, a aceitação de um risco de morrer.

Evidencia-se, não obstante, a dificuldade do supracitado autor em definir o que é a morte. E essa dificuldade não é exclusiva deste ou daquele que pesquise o tema. A tentativa de imputar ao conceito uma noção substancial, e não meramente convencional, apresenta duas ordens de problemas. A uma porque o conceito elementar de morte contemporâneo é, fundamentalmente, convencional, a despeito de critérios de aferição mais ou menos empiricamente verificáveis. A duas porque se trata de conceito mutável, que não consegue se assentar, em termos temporais, de maneira mais ou menos definitiva.

O argumento de que há critério substancial quanto à definição de morte poderia ser encontrado quando ainda se falava num critério cardiorrespiratório de aferição. Com a alteração desse critério para o encefálico, contudo, a aferição da morte – a humana ao menos – tornou-se faticamente convencional. Não se a estabelece mais a partir de um padrão eminentemente biológico – a que um biológico se utiliza para decretar que um dado organismo outrora vivo não mais está –, mas de um padrão construído a partir dos saberes tecnocientíficos.

O que se entende por fim de vida foi profundamente alterado pelas alterações havidas na medicina nas últimas décadas e por como o direito, apreendendo essas alterações, reestruturou, ainda que de maneira silenciosa, diversas noções tradicionais.

A resignificação da morte impacta de maneira densa em como os juristas interpretam esse fenômeno biológico e o aplicam nas relações jurídicas, incluindo-se aí as decisões terminais.

Questiona-se, inicialmente, o que seria uma situação de fim de vida. Essa é uma tarefa complicada e, talvez, fosse útil lembrar que esse termo é ligado à agonia. A pessoa em fim de vida é aquela que está em “agonia”, caracterizada pelos espasmos da morte, que trazem dor excruciante. O termo agonia, no original grego *agôn*, era iluminado pelo significado da ideia de eutanásia, forjada inicialmente para contrastar exatamente com a agonia de morrer de maneira dolorosa. A boa morte (eutanásia) era contrastada com a má morte (*agônica*), a partir do critério da dor, algo que foi, posteriormente, retomado por Francis Bacon (THERY, 2013, p. 52).

A morte é um fenômeno que transcende fronteiras, época e povos diferentes. Lucien Febvre, em 1941, disse que não se tinha uma história da morte, e, a partir dessa provocação, a nova geração de historiadores se debruçou sobre a morte e os mortos. Philippe Ariès afirmou que nossa época se caracteriza pela ocultação da morte, em contraste com épocas anteriores, iniciada pela domesticação da morte, característica particular da tradição cristã medieval (SCHMITT, 2014, p. 179).

De repente, é necessário se proteger, evitar sua propagação, purificar as pessoas, os lugares, as coisas que tiveram contato com o morto e que, de algum modo, possam estar contaminadas. Voisin (2014, p. 66), então, questiona se a morte é, ela mesma, causa de impureza, se atrapalha a ordem aparentemente natural da vida; ou se, ao contrário, é do cadáver, da sua evolução e da sua imagem, que resulta sua impureza?

Godelier (2014a, p. 9), assistente de Levi-Strauss, produziu obra monumental a respeito do tema. Antropólogo especialista em comunidade melanésias, analisou estudos sobre a morte em quatorze perspectivas cosmo-religiosas diferentes (Grécia antiga, Roma antiga, judaísmo, islamismo, Idade Média cristã, China, Índia, budismo taoísta da Birmânia, Uzbequistão, Tikunas amazônicos, Mirafña amazônicos, melanésios Baruya, melanésios Sulka e australianos Ngaatjatjarra).

Ainda que localizando no espaço e no tempo cada uma dessas culturas, chegou à conclusão de que, para nenhum deles, a morte se opõe à vida, mas ao nascimento. Pinçar um elemento comum é, indubitavelmente, tarefa hercúlea e, quiçá, perigosa, já

que condensa tempos e espaços absolutamente distintos. Todos os povos, porém, têm um ritual funerário que marca a separação do corpo da alma <sup>7</sup> (GODELIER, 2014a, p. 20-24).

A morte significaria a separação irreversível daquilo que se juntou e fez nascer e fez viver; no curso dessa disjunção há alguma coisa que deixa o corpo e que começa uma nova forma de existência. Isso é uma forma invisível ao ser humano que se manifesta sob a forma de um espectro, de uma voz ou aparece nos sonhos. É aquilo que se chama de alma, uma realidade habitualmente invisível e intocável, um princípio vital, que pode ser una (monoteístas) ou plúrima (politeístas), conclui o autor.

Posteriormente, vem a fase do luto, que traz grandes diferenças entre os povos, mas que geralmente traz a expressão de alguma forma de tristeza coletiva e familiar, como lamentações (cristãos e Ngaatjatjarra), enclausuramento (indianos e judeus), vestes funerárias (chineses), abstenção de festejos (cristãos, indianos, chineses), abstenção de aquisição de bens (judeus), apresentação de oferendas (gregos ortodoxos e indianos). A alma, liberta, iria, de alguma forma, para um plano metafísico (GODELIER, 2014a, p. 27-28).

Para o cristianismo, a morte pesa mais. Às ideias de ressurreição do corpo e do julgamento último, comuns às três religiões abraâmicas (cristianismo, judaísmo e islamismo), se adiciona a do sacrifício de um deus na cruz para o salvamento da humanidade. A libertação trazida pela cruz, adicionada ao respeito dos comandos divinos pela pessoa, a permite, após a morte, juntar-se a Jesus à direita do Pai no paraíso. Para os chineses, soa absurdo que um deus possa criar o universo a partir do nada e que o próprio deus tenha sido torturado e morto pelos humanos como um criminoso vulgar (GODELIER, 2014a, p. 31).

Para uns, a alma reencarna até que a pessoa atinja um estágio que lhe permita se libertar do corpo, ou seja, é apenas uma passagem para estágios outros de vida; para outros, a vida corpórea é única e a morte significa o medo no inferno ou a sublimação no

---

<sup>7</sup> Segundo GODELIER, esse ritual geralmente terminava com a disposição do corpo, como a incineração, deglutição (alguns amazônicos, após a incineração, misturam as cinzas do morto a um prato com bananas esmagadas e outros ingredientes e as comem), enterro (no terreno da igreja, para os cristãos, nas terras da família, para os birmaneses, nos campos, sem qualquer identificação, para os mongóis), exposição para que sejam devorados por abutres, ou para que sejam levados pelo fluxo do rio (Ganges, para os indianos), embalsamento ou mumificação.

paraíso, eternamente. Em comum, todas as religiões trazem a noção de que o fim do sofrimento e/ou a justiça não pertencem a esse mundo, mas só ocorrem após a morte (GODELIER, 2014a, p. 32).

Desde que os *Homo sapiens* puseram os pés na terra, a morte não mais pôde ser entendida como o fim da vida. Esse pensamento passou a ser impensável, ou mais precisamente, pensável, mas inaceitável para qualquer forma de pensamento. Ela se torna aceitável quando se pensa que, no fim, ela não é o fim definitivo, mas uma passagem. Inevitável, ela se torna palatável pela negação e pela sua aceitação ambivalente e contraditória, a partir da capacidade humana de imaginar mundos que desbordam deste terreno (GODELIER, 2014a, p. 46).

Duas das variadas análises feitas na obra revelam esse pensamento. Primeiro, a noção grega de morte. O tema da morte na Grécia Antiga foi retomado, séculos depois, como contraponto à morte agônica cristã, por Francis Bacon, a despeito de se poder questionar o modo como esse resgate foi feito. Segundo, a noção medieval de morte. O tema da morte no medievo é fundamental no Ocidente, dada a intensa conexão com o cristianismo do colonizar o europeu na América Latina.

Para os gregos, *Geras*, o deus da velhice, representava a perda das capacidades humanas. Não à toa, as estátuas gregas sempre procuravam representar a pessoa em sua plenitude jovial. A solução para evitar os males da velhice era morrer jovem. Conta-se que uma das sacerdotisas de Hera, após conseguir realizar um sacrifício com a ajuda dos filhos Cléobis e Biton, pede à deusa para que conceda aos dois o que ela tinha de melhor. Sem hesitar, Hera os faz morrer instantaneamente (FRONTISI-DUCROUX, 2014, p. 54).

Hypnos e Thanatos são os deuses que trazem a morte aos jovens contra os inimigos reais, no campo de batalha, e a morte aos velhos contra os inimigos *das forças da idade*. A morte gloriosa daqueles, em batalha, é a bela morte (*kalos thanatos*). Hypnos – o sono – traz aos humanos o doce sono eterno e Thanatos – a morte – é a face estética da morte, mas sem aspectos negativos, que são deixadas a personagens femininas (FRONTISI-DUCROUX, 2014, p. 57).

Há, nessa perspectiva, evidente distinção entre a morte boa e a morte ruim. Não se duvida que existam mortes diferentes, as que são desejadas e as que são repudiadas.

A mitologia grega é direta: morrer jovem e evitar os males da velhice significa uma boa morte. A idade, e as dores que ela traz, trazem também a morte ruim. Mesmo quando corporificam a morte em Thanatos, os gregos não a traziam de maneira negativa, como faziam os cristãos medievais.

A morte era parte do cotidiano europeu na Idade Média, pois a repetição de pestes, fome e guerras trazia uma expectativa média de vida de 30 anos, aproximadamente. A morte devastou cidades inteiras e era causa de grande agitação social. O cristianismo, por sua vez, traz certo culto à morte; é necessário não apenas um sacrifício anual – a páscoa –, mas também um sacrifício diário: come-se, literalmente, o “corpo” de Jesus (e o pároco bebe seu “sangue”) em todas as celebrações (SCHMITT, 2014, p. 180-182).

A exemplo do sacrifício de Cristo, os mártires que morrem pela religião são adorados em igrejas abarrotadas de imagens fúnebres – São João decapitado, São Pedro crucificado de ponta cabeça –, relíquias – pedaços ínfimos de um cadáver piedosamente consagrados e venerados. Para a consagração do altar pelo bispo é necessário, ao menos, uma parcela do corpo do santo. A morte onipresente funda o poder eclesiástico medieval, já que o padre é o único autorizado a beber do sangue de Cristo (SCHMITT, 2014, p. 183).

Os vivos oram pelos mortos e os mortos intercedem pelos vivos, numa troca recíproca. A morte é concreta na paisagem: as execuções são públicas e os cadáveres ficam expostos para que os crentes os vejam em praça pública enquanto o odor pútrido importuna apenas os desonestos; os cemitérios passam a fazer parte da topografia das vilas. Mas o sofrimento não acaba com a morte, pois no purgatório – termo cunhado apenas no séc. XIII – o cristão passará pelas provações necessárias para ascender ao paraíso – já que apenas os muito maus iam diretamente ao inferno e os muito bons ao céu –, multiplicando as indulgências à Igreja (SCHMITT, 2014, p. 185-187).

A morte ideal do cristão é a morte súbita; ao contrário, é necessário se preparar para a morte antes, confessar os pecados ao padre e receber de suas mãos o viático,<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Geralmente o viático é confundido com o sacramento da unção dos enfermos ou extrema-unção, o último sacramento cristão. Historicamente, a unção era destinada apenas aos *in articulo mortis*, ou seja, a ponto de morrer. Com o passar do tempo, foi estendida a todos os enfermos em situação periclitante, com risco

o sacramento indispensável para passar à “verdadeira vida” (SCHMITT, 2014, p. 196). É um ideal bastante diverso do ideal mitológico grego, mas é altamente impactante no Ocidente.

Por outro lado, a ciência moderna afirma que a morte é uma simples função necessária da natureza. Thoraval (2014, p. 228-229), inclusive, afiança que o maoísmo chinês tentou negar absolutamente o mundo “invisível”, obrigando as pessoas a atentarem para as necessidades do mundo visível apenas, numa secularização radical. Malgrado a compreensão científica, são poucos os que aceitaram placidamente essa “verdade”.

Kant (1959, p. 141) disse que a imortalidade da alma era um postulado da razão pura prática, uma proposição teórica que, apesar não poder ser provada, é necessária para o progresso humano em direção ao bem soberano. Isso porque a plena conformidade à lei moral significaria santidade, algo inalcançável por qualquer criatura; apenas se o progresso em direção à lei moral fosse infinito, o bem soberano poderia ser alcançado, pelo que a imortalidade da alma constituiria pressuposto necessário da razão pura prática. Assim, o autor vincula o alcance do bem soberano à imortalidade; sem esta, aquele é inalcançável.

---

de morrer, mas não necessariamente próximos ao passamento. Por isso, é possível receber a unção mais de uma vez, se passado o perigo e a pessoa convalesce e, posteriormente, adoece mais uma vez.

O viático, por sua vez, nada mais é do que o sacramento da eucaristia, mas dado à pessoa quando já está prestes a morrer, num momento bastante especial, portanto. Como a eucaristia é o mais importante dos sacramentos, é possível dizer que o viático é o ápice dos sacramentos, pois é a última ceia do cristão prestes a passar da vida terrena à vida eterna extramundana. Igualmente, pode-se dizer que “efetivamente” o viático é o último sacramento, já que é dado depois da unção e, a menos que ocorra um milagre, recebido uma única vez.

O viático é administrado ao moribundo na forma de pão (o corpo de Cristo), mas dada sua característica extraordinária, pode a pessoa tomá-lo pelo vinho (o sangue), se não conseguir, por alguma dificuldade, receber o sacramento na forma sólida. Isso é excepcional, pois, de regra, o vinho é reservado ao padre e aos seus superiores romanos, e é necessário que se guarde uma pequena parte, durante a celebração eucarística, para que essa porção seja repassada ao moribundo.

Ariès (2014, p. 759-760), por sua vez, esclarece que a extrema-unção deixa de ser o sacramento dos moribundos para se tornar o sacramento dos mortos, já na primeira quadra do séc. XX, quando as pessoas passam a dissimular e esconder a morte. Como a presença do padre no leito do moribundo era sinal de que a família acreditava que a morte era iminente, mesmo as famílias mais tradicionais e religiosas passaram a deixar de chamar o pároco nesses casos para não “alertar” a pessoa do decesso que se avizinhava. Ele ainda esclarece que a Igreja, no Concílio Vaticano II, substituiu o tradicional nome “extrema-unção” para “unção dos enfermos” justamente para afastar a correlação entre o sacramento e a morte. Assim, admite-se implicitamente o sacramento, mesmo ausente o momento da morte, e se contribui para que a morte seja afastada também do padre.

Não é possível escrever sobre a morte como se ela não colocasse em jogo uma evolução das mentalidades, num sentido de que ela não quebra a continuidade apenas da pessoa, mas também do grupo em seus diversos componentes, num reajuste das relações sociais. Não é surpreendente o fato de ela escancarar problemas essenciais da sociedade contemporânea: as condições biológicas e ecológicas, a organização do espaço e do tempo (este e o “além”), as relações de parentalidade (genéticas e sociais), os fundamentos materiais dela e a circulação de riquezas, o imaginário religioso e os modos institucionais de sua gestão legítima, a ideologia política em face aos desafios do tempo (SCHMITT, 2014, p. 201).

É de se questionar a razão pela qual a morte é relevante para os médicos.<sup>9</sup> A questão é relevante nas sociedades ocidentais porque as pessoas vivem muito mais tempo e já não morrem de velhice, mas como resultado de doenças características da idade avançada. Mais e mais pessoas se encontram sozinhas ou muito isoladas ao longo da velhice e terminam a vida em um asilo ou no meio hospitalar. Por conseguinte, nos hospitais e nas unidades de cuidados paliativos, o pessoal médico se esforça para ajudar as pessoas não mais a se curar e a viver melhor, mas a morrer melhor (GODELIER, 2014a, p. 9).

Segundo Singer (2009, p. 233-234), o aumento da capacidade técnica de suporte de vida artificial fez com que abandonássemos a noção tradicional de vida. Migrou-se da ética tradicional da santidade da vida para uma ética que não busca preservar a vida humana por si mesma, mas apenas uma vida digna. A assimilação dessa mudança, porém, ainda não foi completa, especialmente porque o conceito de morte encefálica não é rígido, mas fluido.

No entanto, segundo ele, três eventos ocorridos na superfície do sistema demonstram a magnitude dos tremores profundos que acometem a ética médica

---

<sup>9</sup> A imagem da morte formada no final do séc. XIX, a da morte feia e escondida, que se esconde nos interiores e deixa de ser pública nas casas, torna-se a imagem padrão da sociedade burguesa. A morte começa a se limitar aos hospitais, nos países desenvolvidos, já na década de 1930 e, depois da Segunda Guerra Mundial, esse se torna seu único espaço aceitável. As pessoas já não mais suportam a promiscuidade da doença, com seus odores pútridos, as secreções repugnantes, o clima macabro que era comum no início do séc. XIX. A assepsia do hospital se torna mais adequada a um mundo higiênico que se tornara mais delicado. Além disso, os cuidados exigidos, que absorviam e eram compartilhados por toda uma pequena sociedade ao redor do moribundo anteriormente, tornaram-se excessivos, especialmente para a maioria que tinha de, heroicamente, se desdobrar entre trabalho e cuidados, simultaneamente (ARIÈS, 2014, p. 766-769).



contemporânea acerca da vida: a decisão da britânica Casa dos Lordes <sup>10</sup> de 1993 sobre o caso Anthony Bland, <sup>11</sup> a aprovação da Lei da Eutanásia dos Países Baixos de 1993 <sup>12</sup> e a absolvição de Jack Kevorkian <sup>13</sup> pela confessa assistência ao suicídio de Thomas Hyde, em 1994.

<sup>10</sup> A Casa dos Lordes tinha função jurisdicional final até a Reforma Constitucional de 2005 que criou a Suprema Corte do Reino Unido, cujas funções se iniciaram, em 2009, com os doze *Law Lords*, os Lordes com funções jurisdicionais, oriundos da Casa dos Lordes.

<sup>11</sup> Em abril de 1989, o rapaz de 17 anos foi assistir a uma partida de futebol entre Liverpool e Nottingham Forest no Estádio Hillsborough, em Sheffield. Com o início do jogo, milhares de torcedores ainda estavam fora do estádio, tentando entrar. Centenas foram esmagadas contra uma cerca de proteção que fora colocada para evitar que os fãs chegassem ao campo.

No pior desastre esportivo do Reino Unido, 95 pessoas morreram e outras tantas ficaram feridas. Dentre elas, Tony, que, por conta do esmagamento de seus pulmões, ficou com o cérebro sem oxigenação. Levado às pressas ao hospital, verificou-se que seu tronco encefálico ficara intacto, mas seu córtex cerebral fora destruído, permanecendo ele em estado vegetativo persistente.

A partir de então, ele passou a ser alimentado por uma sonda nasogástrica que leva fluidos diretamente ao estômago; sua bexiga é esvaziada por um cateter que passa pelo pênis, causando-lhe sucessivas infecções urinárias. Suas juntas se endureceram, causando contração de seus braços e pernas, que ficam contorcidas de maneira não natural. Movimentos reflexos da garganta o fazem vomitar e babar-se continuamente.

O médico e a família decidiram, tempos depois, cortar o suprimento alimentar artificial, o que causaria a morte do jovem em uma ou duas semanas. No entanto, o médico-legista de Sheffield estava no hospital para fazer um levantamento das mortes ocorridas no estádio. O médico de Bland, Howe, disse, então, ao legista o que seria feito. Este, na sequência, disse àquele que no atestado de óbito constaria a morte por inanição, o que poderia levar Howe a ser processado, até mesmo por homicídio, apesar de sua concordância com o término da alimentação artificial.

O administrador do hospital acionou o Judiciário local e um defensor público foi nomeado curador de Bland. A corte deu ganho de causa ao hospital, mas o defensor recorreu e, após a derrota no tribunal local, levou seu apelo à Casa dos Lordes, que manteve o julgamento. O argumento central era de que, apesar de Bland jamais ter dado qualquer indício de que, em caso de incapacitação, gostaria de ter o suporte vital retirado, a continuidade do tratamento era fútil e não traria nenhum benefício a ele, segundo a Corte.

<sup>12</sup> Aprovada em 1993 no Parlamento neerlandês por 91 votos favoráveis à medida e 45, contra. À época, 91% da população era a favor da aprovação da lei, que, curiosamente, mantinha a eutanásia e a assistência ao suicídio como práticas ilegais, descriminalizando-as quando levadas a cabo mediante o cumprimento de condicionantes estritas. Em 1990, pesquisas indicam que 2% das causas de morte da população dos países já era em decorrência das práticas, a despeito da ilegalidade (SIMONS, 1993).

<sup>13</sup> Jacob Kevorkian, médico estadunidense, ajudou, nos anos 1990, mais de 130 pessoas a se suicidarem, em sua cruzada em favor do suicídio assistido para pacientes terminais. Apesar dos protestos e das polêmicas que suscitou, Kevorkian jamais foi condenado pela assistência prestada a essas pessoas, já que se apoiava na distinção entre a assistência ao suicídio e a eutanásia, objeto de estudo mais aprofundado no tópico seguinte deste trabalho.

Depois da edição de uma lei pelo Governador do Michigan, em 1993, tipificando a assistência ao suicídio, Kevorkian auxilia Thomas Hyde a antecipar sua morte e Kevorkian vai preso uma segunda vez. No caso *People v. Kevorkian* (1994), o médico é, também uma segunda vez, inocentado pelo júri, mesmo tendo violado a lei anteriormente editada pelo Estado do Michigan. Ele ainda seria inocentado mais uma vez, em 1996, quando da aplicação da *common law*, numa tentativa da promotoria de condená-lo, sem, dessa vez, apelar à controversa lei estadual, que se mostrara ineficaz no caso anterior.

No entanto, em 1998, o próprio Kevorkian realiza todos os procedimentos necessários ao abreviamento antecipado da vida de Thomas Youk, que sofria de distrofia lateral amiotrófica e, em razão do estado avançado da moléstia, sequer conseguia se mexer a ponto de realizar o ato derradeiro. Por razões processuais, Kevorkian acabou condenado pelo júri, após uma década de ativismo pelo “direito de morrer” (SOUSA, 2013).



Esses eventos serviriam de exemplo, no Ocidente, para demonstrar certa fase de transição na forma como as pessoas enxergam o incremento da capacidade técnica de dar suporte artificial à vida. Como tal, causaram divisão, mas, inelutavelmente, apontaram para novas perspectivas na discussão sobre a vida humana. Porém, talvez uma revolução furtiva tenha sido ainda mais relevante: a redefinição da morte, ocorrida quase por acaso, em 1968, pelo Comitê *Ad Hoc* da Escola de Medicina de Harvard para Examinar a Definição de Morte Cerebral (*Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to examine the definition of brain death*).

A morte médica revisitou a noção de morte que fora abandonada no séc. XVII, aproximadamente. Deixou ela de ser um instante, o trespasse instantâneo, e retorna a percepção de que ela não é pontual. As novas técnicas médicas passaram a permitir que o tempo de morte se prolongasse; apesar de o médico não ter poder de suprimi-la, pode controlar sua duração, tornando-se realmente possível retardar o momento fatal (ARIÈS, 2014, p. 789).

Singer (2009, p. 235-237) salienta que, em poucos anos, emergiu verdadeiro consenso médico sobre esses critérios propostos por Harvard, de modo quase inacreditável. Na maioria dos países, inclusive, sequer houve alteração legislativa nessa mudança de percepção; a classe médica simplesmente passou a adotar o novo critério para atestar a morte de pacientes. Essa fora a verdadeira revolução sem oposição.

A redefinição da morte pretensamente solucionou o duplo problema havido (o desligamento do suporte vital de pessoas irrecuperáveis e o aumento do transplante de órgãos). A solução, simples, encontrou tamanha aceitação porque (i) refletia as crenças científicas da época, (ii) oferecia sustentação ao desenvolvimento de técnicas de transplante – que à época ainda começavam a engatinhar – e (iii) podia contar com o apoio da Igreja, já que se a pessoa estava morta *tout court*, removiam-se os obstáculos da eutanásia e da remoção de órgãos. Transformou-se a pessoa em cadáver (BECCHI, 2010, p. 191-192).<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> O transplante de órgãos pode ocorrer tanto de corpo vivo quanto *post mortem*, em ambos os casos com as limitações próprias trazidas pelo estatuto jurídico do corpo humano. A partir daí é possível distinguir o corpo vivo e o cadáver, as intervenções em prol de si mesmo (disponente) ou de terceiro (receptor). Igualmente relevantes as questões acerca da separação de partes do corpo humano do sujeito, transformando-as em *res*, que, inclusive, podem ser *res in commercio*, a depender do caso. Esses temas estão bem delineados na obra de Gediel (2000, p. 168 e ss.), mas não são objeto de análise deste trabalho.

Não obstante, seria preciso compreender como a noção tradicional de morte foi superada e fez com que se reconhecesse que um ser humano, que ainda respira e pulsa, poderia ter seus órgãos internos retirados para transplante sem que isso significasse escândalo ou tivesse causado qualquer reação pública negativa. Para tanto, é necessário compreender os meandros científicos que levaram à publicação, na Revista da Associação Médica Americana (JAMA), dessa redefinição.

Machado (2007, p. 197-198) analisa que os primeiros influxos na alteração do conceito de morte ocorrem no final do séc. XIX.<sup>15</sup> Somente em 1959 Mollaret e Goulon cunham a expressão “coma irreversível” (*coma dépassé*), caracterizada como a condição de coma profundo, sem respiração espontânea, sem reflexos, baixa pressão sanguínea, poliúria e com ausência de atividade eletroencefálica.

Ainda assim, ambos consideravam os pacientes nessa situação como clinicamente vivos. Somente em 1963 os pesquisadores começam a estabelecer critérios semelhantes ao que, mais tarde, seriam propostos pelo Comitê de Harvard para caracterizar a morte encefálica. Dois eventos ocorridos alguns anos mudariam, então, o conceito de morte e, de maneira um tanto inusitada, ocorrerem exatamente no mesmo dia, cinco de agosto de 1968.

Em 1967, Henry Beecher, chefe de um comitê de ética na experimentação em seres humanos de Harvard solicitou ao reitor, Robert Ebert, a formação de um novo comitê para que novos temas fossem debatidos, em especial a consideração sobre a definição de morte. Isso porque os grandes hospitais tinham numerosos pacientes

---

Trata-se de questão outra, ainda que com aquelas ligada, perscrutando-se como o corpo humano passa da categoria de vivo para cadáver, a despeito de, a partir de determinados critérios, haver contradições inerentes a essa distinção. O divisor de águas, a morte, é o ponto de partida e de problematização.

<sup>15</sup> Em 1892, Jalland publica o surpreendente caso de uma pessoa, cuja respiração cessara completamente, e que viria a “ressuscitar” algum tempo depois quando a pressão intracraniana fora diminuída graças à retirada de pus de um abscesso cerebral. Em 1894, Horsley nota que as pessoas com hemorragias intracranianas morriam não por conta de falha cardíaca, mas pelo término da respiração. Em 1902, Cushing demonstra que, quando da morte pelo aumento da tensão intracraniana, a parada respiratória precede a parada cardíaca.

A abertura imediata de larga porção do crânio teria o condão de salvar a vida da pessoa mesmo em casos de graves complicações medulares. Esses foram os primeiros passos rumo à definição de morte encefálica, ainda que esses autores ainda considerassem a morte nos seus termos cardiorrespiratórios.

Somente em 1929 é que Berger consegue gravar a atividade elétrica do cérebro, criando o eletroencefalograma – EEG. Três décadas depois, Wertheimer e Jouvett criam a expressão “morte do sistema nervoso” e igualam essa condição à falha cardiorrespiratória. Estavam caracterizados os fundamentos para o posterior reconhecimento da morte encefálica (MACHADO, 2007, p. 197-198)

aguardando doadores de órgãos compatíveis e novas técnicas de doação estavam sendo desenvolvidas.

Em três de dezembro de 1967, Christiaan Barnard realizou, na África do Sul, o primeiro transplante de coração bem-sucedido da história. A notícia se espalhou rapidamente e Ebert criou, sob a supervisão de Beecher, o grupo que ficaria posteriormente conhecido como o Comitê de Harvard supramencionado. O Comitê, composto por dez médicos, um advogado, um historiador e um teólogo, publicou, no ano seguinte, na JAMA, um relatório que foi larga e rapidamente adotado quase no mundo todo, sem grandes discussões.

Enquanto o relatório do Comitê era publicado nos EUA, a 22ª Assembleia Médica Mundial (*World Medical Assembly – WMA*) ocorria do outro lado do Pacífico, em Sydney. Recheado de gracejos,<sup>16</sup> o relato trata, logo no início dos temas discutidos, sobre “a morte e a WMA”. A WMA, preocupada com a morte na “era da arrogância ressuscitatória” e “emulada pela apreensão do público em ter seus órgãos vitais retirados ainda em vida”, havia incumbido seu comitê de ética de estudar, com profundidade, as implicações éticas da ressuscitação e o uso de órgãos de cadáveres para enxerto” (GILDER, 1968, p. 493).

O comitê estava vasculhando a literatura médica mundial em busca de um guia sobre o assunto, de modo a pacificar a opinião pública, temerosa com os crescentes rumores acerca da colheita de órgãos em vida. Por isso, a WMA sentia a necessidade de firmar uma declaração, que passou a ser chamada de Declaração de Sydney:

A determinação do momento da morte é, na maioria dos países, responsabilidade legal dos médicos, e assim deve permanecer. Geralmente ele conseguirá, sem assistência especial, decidir se uma pessoa está morta, empregado os critérios clássicos conhecidos de todos os médicos.

[...]

Um complicador é que a morte é um processo gradual<sup>17</sup> que ocorre no nível celular, com variação da capacidade dos tecidos de sobreviver com a privação

<sup>16</sup> “Talvez o clima ameno, ou o choque do sistema endócrino causado pela viagem por tantos fusos-horários, foi responsável pela atmosfera de paz e boa vontade que caracterizou a 22ª Assembleia Médica Mundial em Sydney de tal modo que temas controvertidos foram aprovados com mínimo debate e certamente sem traço de rancor” é a frase de abertura do relato de Gilder (1968, p. 493) sobre o evento.

<sup>17</sup> Ariès (2014, p. 538) esclarece que os médicos do final do séc. XIX negavam veementemente que a morte fosse um processo, uma noção de “morte-estado”, como defendiam os médicos do séc. XVI ao início do séc. XIX. Partindo de uma premissa científica, entendiam que a morte era um ato, um momento, e o termo “processo” não passava de um equívoco da língua comum – e que por isso precisava ser abolido pela linguagem unívoca da ciência médica –, para se designar a morte apenas como a “parada da máquina”

de oxigênio. O interesse clínico não está contido no estado de preservação de células isoladas, mas no destino da pessoa.

A moderna prática médica, portanto, tornava necessário estudar a questão do momento da morte em vista de dois fenômenos: (i) a possibilidade de se manter, de maneira artificial, a circulação de sangue oxigenado por tecidos do corpo irremediavelmente danificados (ii) o uso de órgãos do cadáver, como coração e rins, para transplante. De qualquer forma, a Declaração asseverava peremptoriamente que, a despeito do estado da arte da medicina – à época ou no futuro, que permitisse com maior precisão técnica estabelecer a morte de alguém –, a determinação do momento da morte de alguém deveria obedecer ao julgamento do médico.

A questão dos transplantes era, alegadamente, lateral, eis que a determinação do momento da morte de alguém tornaria possível, eticamente, a terminação de tentativas de ressuscitação e, nos países em que se permitia, a remoção dos órgãos transplantáveis. A Declaração humildemente reconhece que não seria possível reconhecer a infalibilidade de testes ou dar uma “bala de prata” ao assunto.

A Declaração levanta importante elemento. Efetivamente, em regra, não há dúvida quanto ao momento da morte de alguém; essa é uma questão que qualquer médico consegue, com elevada precisão, responder. Mais relevante ainda é o reconhecimento de que a morte é um processo, e não um momento. O reconhecimento do “momento” da morte é, em realidade, o reconhecimento do término desse processo. O grande problema, apontado em 1968, era saber quando esse processo havia se tornado “irreversível”.

Todos os seres vivos estão morrendo de maneira irreversível, a todo instante. Não é, evidentemente, esse sentido de irreversibilidade que a Declaração menciona. Trata-se daquilo que a legislação belga – ver-se-á adiante – classifica de “morte breve”, ou “morte no curto prazo”, um estágio de difícil definição, mas de percepção geralmente

---

humana, como simples negatividade. A vida e a morte não podiam ser encaradas como um estado “misto”, mas como ou “tudo uma coisa ou tudo outra”, não uma mistura de vida e morte.

Um século depois, para redefinir o próprio conceito de morte, o Comitê de Harvard e a Declaração de Sydney negam o “critério científico” de morte-ato e reconhecem a morte-processo, exatamente como faziam os médicos “pré-modernos”. Curiosamente, como base nesse critério de morte-processo, negado pelos médicos do séc. XIX – e ainda atualmente visto com reservas (vide que o atestado de morte atesta o momento, não o processo) – é que se fará, tempos depois, a distinção entre eutanásia e ortotanásia, por exemplo, ao se negar o “processo de morte” já instalado naquela e se afirmar esse estado nesta.

fácil. Geralmente, eis que a própria Declaração reconhece – com certa clarividência desconcertante – que nem com o avanço dos métodos de aferição técnica da morte de um ser humano podem prescindir da análise percuciente de outro ser humano.

Ainda assim, a infalibilidade é inalcançável – e a Declaração é, mais uma vez, de sensatez ímpar nesse quesito. O tema mais importante posto, ainda que de maneira quase imperceptível, é que todas discussões, definições, técnicas e problemas giram em torno de uma questão nuclear: o destino de uma pessoa. Essa questão não é explorada ali, já que se trata de declaração voltada meramente a apaziguar o público, mas é fulcral em se tratando de terminalidade da vida.

Nos EUA, o Comitê de Harvard publicava um artigo não tão humilde e muito menos político. Adiantando-se à WMA, os expertos reunidos pelo reitor da instituição propagavam, desde já, razões e critérios para aferir a morte encefálica de uma pessoa. Os objetivos do relatório (JAMA, 1968, p. 337) eram bem menos filosóficos e problematizantes, mas muito mais claros e surpreendentemente sinceros:

Nosso objetivo principal é definir o coma irreversível como um novo critério para a morte. Há duas razões para a necessidade de uma definição: 1. Melhorias na ressuscitação e medidas de suporte levaram a um aumento nos esforços para salvar aqueles que estão desesperadamente feridos. Às vezes esses esforços têm apenas parcial sucesso, que resultam em pessoas cujo coração continua a pulsar, mas cujos cérebros foram irreversivelmente danificados. Esse fardo é enorme para pacientes que sofrem perda permanente do intelecto, para suas famílias, para os hospitais e para aqueles que precisam de leitos hospitalares ocupados por esses pacientes em comatose; 2. Critérios obsoletos para definição da morte podem levar a controvérsias na obtenção de órgãos para transplante.

Curiosamente, o relatório sequer questiona se tais pessoas estão vivas ou mortas; assume que estão sendo mantidas artificialmente porque a lei não as “reconhece” como mortas. O problema, então, é que mesmo mortas continuam ligadas a aparelhos de manutenção artificial, gerando imenso fardo não apenas para elas mesmas (ainda que o relatório não explique o porquê), mas para a família, hospitais e pacientes que precisam de leitos. E, só ao final, se trata da “controvérsia” sobre a obtenção de órgãos.

Originariamente, o relatório era bem mais incisivo. Dizia que era necessário modificar a noção de morte pela “enorme necessidade de obter tecidos e órgãos de pacientes cujos cérebros foram destruídos sem esperança de salvação, de modo a restabelecer aqueles que são salváveis”. O reitor julgou essa versão com conotação

infeliz (parecendo que o objetivo era apenas tornar os órgãos transplantáveis mais rapidamente) e Beecher alterou o relatório para uma versão mais suave, ainda que mantivesse o objetivo claro: aumentar a disponibilidade de órgãos para transplante.

O artigo científico ainda fala de “irreversível dano cerebral” e “perda permanente do intelecto”, que não significam a mesma coisa que “dano cerebral completo”. O estado vegetativo persistente significa irreversível dano cerebral e perda permanente do intelecto, ainda que determinadas funções do sistema nervoso central se mantenham. De maneira peculiar, mesmo hodiernamente, os ordenamentos jurídicos não tratam as pessoas em estado vegetativo persistente como mortas.

Não obstante, o relatório posteriormente fala em “indivíduos em comatose que não possuem atividade do sistema nervoso central discernível”, o que parece contrariar a noção anterior de que não seria necessário haver cessação completa de atividade. É necessário esclarecer, porém, que à época não havia procedimento confiável para afirmar que o coma era irreversível, exceto quando não havia atividade alguma discernível.

Igualmente, a ausência completa de atividade cerebral ocasiona o término da respiração natural, ao passo que as pessoas em estado vegetativo persistente continuam a respirar mesmo sem ventilação artificial. No entanto, exigir que as pessoas permitissem o enterro de um “morto que ainda respira” seria um tanto forçado e certamente causaria comoção pública, arremata Becchi (2010, p. 191-192).

Alguns autores discordam do posicionamento mais geral de que a alteração do conceito de morte cardiorrespiratório para o de encefálico tivesse por objetivo aumentar o número de transplantes. Nesse sentido, Machado (2007, p. 198) afiança que, a despeito de a alteração mais profunda do conceito ter ocorrido poucos anos depois do transplante cardíaco sul-africano, há mera coincidência entre ambos os eventos.

O relatório da Comissão de Harvard, porém, não deixa margem de dúvida, já que um dos objetivos da mutação conceitual é bastante clara. A despeito disso, se há conexão ou não entre a mudança do conceito e a questão dos transplantes isso é irrelevante. Se no futuro os transplantes de órgãos forem suplantados pelos xenotransplantes, por órgãos produzidos por células-tronco, por impressoras biológicas ou mesmo robóticos, a incongruência na definição de morte encefálica persistirá e o médico ainda precisará lidar

com o espinhoso estado clínico criado por um cérebro que não funciona e um coração que continua a bater (MACHADO, 2007, p. 199).

Ainda que existam casos de pessoas declaradamente mortas que sobreviveram por dias, alguns por semanas e meses, e, em casos realmente excepcionais, anos, não há possibilidade de reversão de seu estado clínico, desde que o diagnóstico tenha sido feito corretamente. A morte encefálica significa uma condição desesperançosa e irreversível, mas essas pessoas não estão ainda, de fato, mortas. Não à toa, a definição inicial durou pouco tempo e já nos anos 1990 começam a emergir várias críticas, mesmo no seio médico (BECCHI, 2010, p. 193).

No Brasil, a primeira lei que tratou de “extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida” foi a Lei nº 4.280/1963, que deixava claro, já no art. 1º, que só era permitida a extirpação de partes de “cadáver”. A retirada precisava ter, antes, “provada de maneira cabal a morte atestada pelo diretor do hospital onde se deu o óbito”. É de se ver que a primeira lei a respeito dos transplantes nada mencionava acerca da morte encefálica, que engatinhava no plano internacional.

Atualizando e aclarando essa norma, o art. 2º, parágrafo único do Projeto de Lei – PL nº 1.309/1968, que revogaria a Lei de 1963, dispunha que o documento que provava a morte era o atestado de óbito (BRASIL, 1968a, p. 2.523). Mais uma vez, a legislação ainda era lacônica a respeito das profusas discussões que ocorriam.

O PL foi emendado, ganhando inicialmente dois parágrafos (BRASIL, 1968b, p. 4.493), e, posteriormente, já no Senado Federal, ganhando ainda mais um (BRASIL, 1968c, p. 4.493). O §1º estabelecia que a verificação do óbito deveria ser “feita pelos métodos científicos atualizados, sempre precedida de comprovação de ausência de atividade cerebral, demonstrada pelo traçado absolutamente linear de eletroencefalograma; e ausência de batimentos cardíacos por mais de cinco minutos”. Essa comprovação deveria ser feita por três médicos, sendo um cardiologista e um neurologista, além de que nenhum deles poderia participar do procedimento de retirada e enxerto posterior dos órgãos e tecidos.

Aprovado e transformado na Lei nº 5.479/1968, foram os três parágrafos mencionados vetados pelo Presidente Costa e Silva, em dez de agosto de 1968, apenas cinco dias depois da Declaração de Sydney e do relatório da Comissão de Harvard. Na



fundamentação do veto, “tendo em vista a dinâmica com que se processam as transformações técnico-científicas”, os métodos exigidos “poderiam, mesmo, pelo risco de se tornarem arcaicos, invalidar todo o esforço empreendido pelos nossos cientistas, no sentido de permitir ao nosso País, no campo das ciências e da tecnologia, formar com as Nações mais desenvolvidas”.

A Lei nº 8.489/1992, revogando a antecessora, pela primeira vez, então, em seu art. 12, menciona a “morte encefálica comprovada”. O que se entende por morte encefálica passou a constar de regulamento regulamentador. O art. 3º, inc. V, do Decreto nº 879/1993, ao invés de conceituar, remete tal incumbência ao Conselho Federal de Medicina – CFM. O Decreto, não obstante, esclarece que isso “não exclui os outros conceitos de condições de morte”.

O CFM, porém, já havia se adiantado à lei de 1992 e ao decreto de 1993. A Resolução nº 1.346/1991, considerando “o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica” e “que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme já estabelecido pela comunidade científica mundial”,<sup>18</sup> passou a definir os critérios clínicos e complementares para aferição do momento da morte:

1) Os critérios, no presente momento, para a caracterização da parada total e irreversível das funções encefálicas em pessoas com mais de 2 anos são, em seu conjunto:

a) clínicos: coma aperceptivo com arreatividade inespecífica dolorosa, e vegetativa, de causa definida. Ausência de reflexos corneano, oculoencefálico, oculovestibular e do vômito. Positividade do teste de apneia. Excluem-se dos critérios acima, os casos de intoxicações metabólicas, intoxicações por drogas ou hipotermia.

b) complementares: ausência das atividades bioelétrica ou metabólica cerebrais ou da perfusão encefálica.

Por fim, demonstrando a superfluidez envolvendo definições sobre morte e, conforme mostra Gediel (2000, p. 7), atestando o descompasso entre o direito e a

---

<sup>18</sup> Essa percepção já vinha a reboque da emenda feita na 35ª Assembleia Médica Mundial, em 1983, na Itália. Nessa reunião, a Declaração de Sydney foi levemente alterada, retirando-se a necessidade de avaliação eletroencefálica e se incluindo a seguinte declaração: “É essencial determinar a cessação irreversível de todas as funções o cérebro inteiro, incluindo o tronco cerebral”



realidade, no tocante à utilização e à aplicação do corpo humano, a legislação brasileira reguladora dos transplantes foi novamente alterada. A Lei nº 9.434/1997, a despeito das ressalvas éticas, é profundamente atualizada e compatível com as normas internacionais a respeito do tema (GEDIEL, 2000, p. 167).

O art. 3º, de maneira curiosa, reanima parte dos dispositivos que haviam sido vetados em 1968, prevendo que a retirada *post mortem* de tecidos do corpo humano para transplante deveria ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante. A aferição da morte, mais uma vez, fica a cargo do CFM, mediante critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução.

Igualmente curioso notar como o referido dispositivo não trata da pessoa como “cadáver”, mas como “corpo”. Apenas no art. 7º o termo é mencionado, quando se trata do óbito sem assistência médica. Trata-se de sutileza linguística reveladora, já que no primeiro caso, apesar de se falar em “morte encefálica”, há evidente dificuldade em se tratar da pessoa como cadáver; já no segundo caso, o termo “corpo” não é utilizado.

A pessoa, ainda que artificialmente mantida viva, viva está; apesar de haver um atestado de óbito, a própria lei dos transplantes a chama de “corpo”, talqualmente o têm as pessoas vivas. Apenas quando do óbito sem assistência médica se consegue tratar a pessoa como “cadáver”, um termo que não se associa, de maneira alguma, com os vivos, mas com os mortos. São as situações que se aproximariam da definição tradicional, cardiorrespiratória, de morte.

A perspectiva de que a pessoa com funções encefálicas irreversivelmente danificadas estaria viva, a despeito da gravidade da situação, conforme apregoavam Mollaret e Goulon, em 1959, evanesce completamente. Em pouco mais de trinta anos, uma pessoa, em situação exatamente igual, passou de viva a morta. Se Mollaret e Goulon vissem alguém em condição de coma profundo, sem respiração espontânea, sem reflexos, baixa pressão sanguínea, poliúria e com ausência de atividade eletroencefálica, a rotularia como em “coma irreversível”, mas viva; o CFM, em 1991, ao contrário, como em “coma irreversível”, mas morta.

Idêntica situação passou, na lógica binária de raciocínio, ao exato oposto, que é abissalmente diferente. O direito é fortemente influenciado pelo conceito de vida e morte,

que lhe é fundante. Ao se discutir o direito à vida, necessário saber se alguém está vivo; ao se impingir pena de homicídio a alguém, necessário saber se a vítima estava viva, ou se é caso de crime impossível. Se Mollaret e Goulon fossem juízes, reconheceriam – ainda que hipoteticamente – o homicídio do “coma irreversível”, em 1959, mas não se pode dizer o mesmo do CFM, em 1991.

Singer (2009, p. 238-242) afirma que não parece crível que a morte encefálica signifique morte, efetivamente. Essa noção só se firmou pela conveniência que apresentou a todos: as pessoas não temeriam ficar em leitos hospitalares por anos, doentes evitariam o medo de não conseguir órgãos a tempo, familiares não se preocupariam em ter as finanças arruinadas ou a vida interrompida, médicos conseguiriam salvar mais pessoas, hospitais conseguiriam liberar leitos com mais facilidade, contribuintes e governos teriam menos despesas. Com a mente irrecuperável, não havia razão para manter um corpo, agora custosamente transformado em cadáver.

Ainda se mantém, nada obstante, o senso comum de que as pessoas com morte encefálica não estão, de fato, mortas; não constituem um cadáver, mas um corpo, como a própria lei de transplantes brasileira releva. A morte encefálica é conveniente ficção médico-jurídica criada por consenso, e que funciona. Mesmo o Comitê de Harvard não chamou essas pessoas de mortas, mas de “em coma irreversível”; afiançou que não se as “reconhecia” como mortas, ainda.

Em seu voto na ADI 3.510/DF, o Ministro Cezar Peluso vai exatamente nesse sentido. Em que pese a discussão fosse relativa, no caso concreto, à experimentação com células-tronco embrionárias, numerosas passagens dos votos traçaram paralelos entre a questão do início da vida (embrião) e de seu fim (morte encefálica). De maneira bastante sincera, assim afirmou o Ministro (STF, 2008, p. 344):

A opção legislativa, tomada pelo art. 3º da Lei federal nº 9.434, de 1997, pela morte encefálica como marco relevante do diagnóstico de óbito para fins de transplante ou tratamento, bem como sua regulamentação, por via da Resolução do Conselho Federal de Medicina - CFM nº 1.480/97, baseia-se na técnica normativo-operacional da ficção jurídica, que reproduz mera convenção, embora não despida de fundamentos médico-científicos. É que ninguém disputa que o ser humano vítima de morte cerebral não está, de veras, biologicamente morto. O fim da vida é determinado, nesse caso, menos por injunções intransponíveis de natureza biológica do que por específicas razões de conveniência social e política, concernentes ao aproveitamento de tecidos e órgãos para transplante e doação, com o manifesto propósito de salvar vidas alheias e reduzir os custos

materiais e emocionais da manutenção de uma vida em estado vegetativo, sob prognóstico fechado.

A perspectiva de que a morte encefálica significa realmente morte, ainda que fundamentalmente fraca, subsiste apenas porque é útil para todos. Mas ela se tornou recentemente instável. Isso porque, para atestar a morte encefálica, o Comitê criou uma série de testes, que foram posteriormente refinados ao longo dos anos nos diferentes países.

A Resolução nº 1.480/1997 do CFM bem demonstra essa perspectiva. Se a anterior trazia alguns poucos critérios clínicos e exames complementares <sup>19</sup>, a nova resolução é mais detalhada, <sup>20</sup> incluindo variados testes e elementos materiais de

---

<sup>19</sup> 1) Os critérios, no presente momento, para a caracterização da parada total e irreversível das funções encefálicas em pessoas com mais de 2 anos são, em seu conjunto:

a) clínicos: coma aperceptivo com arreatividade inespecífica dolorosa, e vegetativa, de causa definida. Ausência de reflexos corneano, oculoencefálico, oculoestibular e do vômito. Positividade do teste de apneia. Excluem-se dos critérios acima, os casos de intoxicações metabólicas, intoxicações por drogas ou hipotermia.

b) complementares: ausência das atividades bioelétrica ou metabólica cerebrais ou da perfusão encefálica.

<sup>20</sup> 1 - Interessa, para o diagnóstico de morte encefálica, exclusivamente a arreatividade supraespinal. Consequentemente, não afasta este diagnóstico a presença de sinais de reatividade infraespinal (atividade reflexa medular) tais como: reflexos osteotendinosos ("reflexos profundos"), cutâneo-abdominais, cutâneo-plantar em flexão ou extensão, cremastérico superficial ou profundo, ereção peniana reflexa, arrepio, reflexos flexores de retirada dos membros inferiores ou superiores, reflexo tônico cervical.

2 - Prova calórica

2.1 - Certificar-se de que não há obstrução do canal auditivo por cerumem ou qualquer outra condição que dificulte ou impeça a correta realização do exame.

2.2 - Usar 50 ml de líquido (soro fisiológico, água, etc.) próximo de 0 grau Celsius em cada ouvido.

2.3 - Manter a cabeça elevada em 30 (trinta) graus durante a prova.

2.4 - Constatar a ausência de movimentos oculares.

3 - Teste da apneia

No doente em coma, o nível sensorial de estímulo para desencadear a respiração é alto, necessitando-se da pCO<sub>2</sub> de até 55 mmHg, fenômeno que pode determinar um tempo de vários minutos entre a desconexão do respirador e o aparecimento dos movimentos respiratórios, caso a região ponto-bulbar ainda esteja íntegra. A prova da apneia é realizada de acordo com o seguinte protocolo:

3.1 - Ventilar o paciente com O<sub>2</sub> de 100% por 10 minutos.

3.2 - Desconectar o ventilador.

3.3 - Instalar cateter traqueal de oxigênio com fluxo de 6 litros por minuto.

3.4 - Observar se aparecem movimentos respiratórios por 10 minutos ou até quando o pCO<sub>2</sub> atingir 55 mmHg.

4 - Exame complementar. Este exame clínico deve estar acompanhado de um exame complementar que demonstre inequivocamente a ausência de circulação sanguínea intracraniana ou atividade elétrica cerebral, ou atividade metabólica cerebral. Observar o disposto abaixo (itens 5 e 6) com relação ao tipo de exame e faixa etária.

5 - Em pacientes com dois anos ou mais - 1 exame complementar entre os abaixo mencionados:

5.1 - Atividade circulatória cerebral: angiografia, cintilografia radioisotópica, doppler transcraniano, monitorização da pressão intracraniana, tomografia computadorizada com xenônio, SPECT.

5.2 - Atividade elétrica: eletroencefalograma.

5.3 - Atividade metabólica: PET, extração cerebral de oxigênio.

aferição. Já prevê, inclusive, algumas respostas previsíveis da pessoa que, apesar de aparentarem atividade encefálica, o que induziria um diagnóstico de vida, não afastam o diagnóstico de morte.

Nos últimos tempos, no entanto, os médicos chegaram à conclusão de que mesmo quando atestada a morte, algumas funções cerebrais persistiam, notadamente as hormonais. Além disso, quando se inicia a remoção de órgãos, a pressão sanguínea aumenta e a função cardíaca se acelera, mostrando que o cérebro ainda reage. A noção de 1968, então, desmoronou, a despeito de a legislação, em geral, continuar inalterada – e a Resolução nº 1.480/1997 do CFM é contraprova, pois ainda trata da “parada total e irreversível das funções encefálicas”.

Abrir-se-iam, então, duas possibilidades: alinhar as práticas médicas à definição de morte encefálica ou alinhar a definição de morte encefálica às práticas médicas. Ambas traziam custos e questionamentos que deveriam ser cuidadosamente analisados, eis que as consequências de assumir uma ou outra são substancialmente diferentes.

Na primeira hipótese, seria necessário garantir novos testes, incluindo as funções hormonais, por exemplo. O ganho seria evitar que pessoas vivas fossem tidas por mortas a partir de um diagnóstico errado, o que vai ao encontro de uma ética da santidade da vida, a despeito da qualidade dela. O ônus seria que a maioria daquelas que outrora seriam considerados mortas não poderia ser desligada dos aparelhos de suporte artificial, ainda que nenhuma delas jamais recuperasse a consciência, dado que o sistema nervoso central fora irreversivelmente comprometido.

Na segunda hipótese, nenhum teste suplementar deveria ser feito, mas apenas ajustada a noção de que a morte encefálica só é permitida quando toda atividade cerebral é cessada. Admitir-se-ia, então, que mesmo a existência de algumas atividades cerebrais não teria o condão de trazer alguém considerado morto à vida.

A vida *de per se* não teria valor, mas apenas se determinadas qualidades lhe fossem atribuídas. E esse seria precisamente o ônus de assumir a segunda posição, já que a noção que se forjou no Ocidente, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, de que todas as vidas humanas são iguais, são se admitindo qualificação, ruiria. Diferentes vidas humanas teriam diferentes valores, num frontal desgaste da perspectiva

da santidade da vida, construída a tanto custo após os horrores das duas grandes guerras.

Becchi prossegue dizendo que ônus substancial dessa alteração é a necessidade de um novo conceito de morte e a necessidade de estabelecer um marco para diferenciar a vida e a morte. A resposta apropriada parece orbitar em torno da consciência. As atividades cerebrais que permitiriam distinguir a vida e a morte são aquelas relacionadas à consciência, ou seja, não mais se foca no corpo, mas na pessoa; desconecta-se da noção de cessação integral das atividades cerebrais e vai-se em direção à cessação da atividade do *córtex* cerebral.

Essa alteração, inclusive, iria ao encontro da visão do chefe do Comitê de Harvard, Beecher, segundo ele mesmo explicitou, tempos depois, numa reunião da Associação Americana para o Avanço da Ciência. Como dito anteriormente, à época, não havia meio confiável para atestar quais partes do cérebro haviam sido danificadas. Atualmente, porém, a tecnologia de imagem de tecidos avançou significativamente, permitindo, com precisão, especificar quais áreas do cérebro estão ativas e quais foram já inativadas. Cria-se, então, uma distinção entre funções cerebrais ordinárias e funções cerebrais superiores, fundamentada na consciência.

Essa nova perspectiva apareceu pela primeira vez, legalmente, na decisão do *Justice* Stevens sobre o caso Nancy Cruzan, <sup>21</sup> que asseverou que a inquebrantável

---

<sup>21</sup> Em 1983, Nancy Cruzan perdeu o controle de seu carro e foi jogada para fora do veículo, caindo numa vala cheia d'água. Quando encontrada e ressuscitada pelos paramédicos, Nancy ficou em estado vegetativo persistente, necessitando de suporte de alimentação e hidratação artificial, mas não de respiração. Os pais dela solicitaram ao hospital o desligamento do suporte, mas os médicos negaram o pedido, eis que tal ato levaria à morte de Nancy. Ademais, exigiam eles prévia ordem judicial, porque Nancy não precisava de respiração artificial, mas apenas de nutrição e hidratação.

A Suprema Corte do Missouri julgou que Cruzan tinha direito a recusar o tratamento, mas a recusa deveria ser pessoal. Como ela estava incapacitada, seus representantes legais deveriam trazer prova robusta de que esta era a vontade dela, em vida. Em 1990, a Suprema Corte manteve a decisão inferior, dizendo que era constitucional que um Estado federado exigisse prova de que a própria pessoa tinha esse desejo porque não havia um “direito de morrer” constitucional, inclusive podendo o Estado preservar a vida da pessoa, em certos casos, mesmo contra sua vontade.

Igualmente, a Suprema Corte julgou que não havia diferença entre os suportes vitais. O respirador artificial e a nutrição e a hidratação artificiais tinham o mesmo valor jurídico de tratamento médico, ou seja, alguém teria direito a recusar ambos, sem distinção. A juíza que desempatou o caso (permitiu-se o desligamento do suporte de alimentação pelo apertado placar de 4x5, desde que houvesse prova a respeito da vontade de Nancy), *Justice* Sandra O'Connor, ainda pontuou que, via de regra, pessoas muito jovens, como Nancy e Karen, não deixam declarações escritas sobre tratamentos médicos. Por isso, uma declaração dela de que deixaria à mãe a escolha, no caso de um evento trágico, seria uma delegação válida de poderes e, portanto, constitucional.

determinação do Estado em manter o corpo dela vivo era apenas um esforço para determinar o sentido da vida, e não uma tentativa de preservar a santidade da vida. Mesmo sendo o voto do *Justice Stevens* dissidente, o *Becchi* entende que a pressão aumentou para que a morte se defina não pela cessação completa da atividade cerebral, mas pela inatividade das funções superiores.

No entanto, volta-se à controvérsia das pessoas em estado vegetativo persistente, que ainda respiram sem intervenção mecânica. Atestar que uma pessoa, nessas condições, se considera morta, ainda soa absurdo, o que demonstraria que algo está errado. O problema estaria propriamente na definição de morte que, por consenso médico e jurídico, fora adotada. Sua adoção só ocorreu porque agradou a todos, mas pouco caso se fez da contradição nela contida: considera-se morto alguém que morto não está.

A dificuldade daqueles que atestam a morte de alguém em fazê-lo quando, durante os testes, a pessoa se move é ainda maior. Trata-se do chamado “Sinal de Lázaro”, que reflete “a exacerbação e a autonomia dos reflexos espinhais sem o controle suprasegmentar, e costuma ser dramático para o observador. No entanto, não se pode deixar que isso interfira no resultado do diagnóstico de morte encefálica”, sugerem Chaves, Finkelsztejn e Stefani (2008, p. 505).

A despeito de um corpo que respira autonomamente, em determinados casos, e que eventualmente se mexe, deveria ser ele considerado um cadáver. A medicina ainda

---

Ao final, com o caso voltando à primeira instância, os *Cruzan* fizeram prova, por meio de testemunhos de amigos de Nancy, que ela disse algumas vezes que não gostaria de ser mantida por suporte vital artificial. Com base nisso, o juízo permitiu ao hospital o desligamento dos aparelhos, tendo Nancy morrido dias depois, por privação de nutrição e hidratação.

Esse caso foi significativo porque provocou a primeira manifestação da Suprema Corte dos EUA acerca do “direito de morrer” e levou à criação do *Patient Self-Determination Act*, em 1991, que estabeleceu a necessidade das instituições de saúde de providenciar informação sobre as diretivas antecipadas de vontade. O debate público também levou à criação, ao desenvolvimento e à adoção mais ou menos generalizada nos EUA de legislações tratando do chamado *living will* (cuja tradução convencional para o português passou a “testamento vital”, a despeito de *will*, aqui, não significar “testamento”, mas “vontade”, algo como “vontade em vida”), que dava validade às diretivas antecipadas que especificassem os tratamentos aceitos por pacientes que se tornassem incompetentes.

Encorajou-se que se fizesse documentos apropriados para que a vontade da pessoa fosse respeitada, como os *health care proxy forms* (formulários de procuração de cuidados de saúde) e os *assignments of durable power of attorney* (atribuições de poderes duráveis de advogado ou mandatos duradouros). Desse modo, se indicaria alguém para a tomada dessas decisões, evitando-se que fosse necessário fazer prova robusta de vontade do paciente incapaz. Igualmente, todos os Estados passaram a autorizar esses documentos e a maioria criou lei dando poderes para pessoas próximas ao paciente, geralmente o cônjuge.

desconhece as razões que “levam o cadáver a esboçar tais movimentos”, mas o médico tem de explicar para a família, e quiçá para si mesmo, que “o movimento do paciente, nesse caso, não tem relação alguma com o verdadeiro quadro de óbito” (PERINI; BONAMIGO, 2016).

A mudança de uma definição raramente resolve um problema, e esse caso não foi exceção. A solução, então, precisaria passar pelo rompimento da camisa de força causada pela crença universal de que toda vida humana, num sentido forte biológico e fraco jurídico do termo, tem o mesmo valor, intrinsecamente, sem que qualquer característica seja considerada.

Há um indício dessa alteração de paradigma contida na própria redefinição de morte e em sua consequente abertura ao transplante de órgãos. Passou-se à compreensão de que há o direito de sacrificar o que resta de vida de uma pessoa para dar uma possibilidade de vida a outra que, sem esses órgãos, tem poucas chances de continuar a viver sem o transplante. Essa escolha exprime um valor moral assumido pela sociedade (BECCHI, 2010, p. 194).

O direito necessita transformar o vivente em morto porque apenas quando se visualiza o cadáver é que as relações jurídicas de disposição do corpo emergem (GEDIEL, 2000, p. 163). A transformação de uma pessoa viva em cadáver serve aos propósitos utilitaristas relacionados aos transplantes, mas não encontra contraprova na morte clínica, diversa, obviamente, da morte biológica (destruição celular plena).

O resquício de vida tornou-se insuficiente, a partir do conceito de morte encefálica, para sustentar a manutenção da pessoa. Essa redefinição, técnica, causa perplexidade, mas consegue se manter juridicamente porque é convencional. O direito prefere fictamente considerar a pessoa morta a considerá-la viva e escancarar que a antecipação do termo de uma vida humana é permitida porque se criaram valores que diferenciam uma vida da outra.

Esses valores, ademais, não passaram pela arena política ou jurídica, mas foram definidas “cientificamente” por um Comitê, a portas fechadas. Sem reconhecer explicitamente, o direito reconhece, inconsciente e enviesadamente, que duas vidas têm valor desigual e que uma delas pode ser sacrificada em prol da outra. Talvez o faça para não se enfrentar a difícil discussão sobre o sacrifício de uma vida, ou ao menos do que



resta dela; escapa-se dizendo que “aquilo” é apenas um cadáver que inconvenientemente respira e pulsa. A crença universal de que toda vida humana tem o mesmo valor parece ruir lentamente.

A definição de morte precisa ser tarefa da filosofia, do direito, ainda que seus critérios sejam médicos, clínicos. Os critérios para atestar a morte de alguém precisam se harmonizar com a definição dada, e não o inverso. Hodiernamente, a definição de morte está atrelada aos testes clínicos realizados; alterando-se o critério clínico, altera-se o conceito de morte, tornando-o superfluo.

As recentes descobertas no campo da neurologia vão fazendo os conceitos de morte encefálica, criados e repetidamente recriados, se esboroarem em pouco tempo. Nada obstante, são poucos a se dar conta “da enorme controvérsia em torno do diagnóstico de morte cerebral a partir da introdução do termo *coma dépassé*, coma irreversível, introduzido por Mollaret e Goulon em 1959”, reconheceu o Ministro Menezes Direito, no julgamento da ADI 3.510/DF, sobre as células-tronco (STF, 2008, p. 139).

O conceito criado em 1968, que previa a morte “integral” das funções cerebrais permaneceu intacto por pouco mais de vinte anos; o Sinal de Lázaro mostra como a ausência plena de reflexos não se sustenta. Isso porque, quando se assumiu o conceito de Comitê de Harvard acerca do coma irreversível, questões técnicas prevaleceram; quando se abandonou a questão do “destino da pessoa” da WMA, a pessoa se tornou irrelevante, ou, ao menos, pouco relevante.

Segundo Singer (2009, p. 245-249), essa noção fica patente no julgado da Casa dos Lordes no caso de Bland. Variados Lordes, ao julgar o caso, abraçaram a ideia até então absurda de que há vidas indignas, sem valor. Um dos julgadores, Lorde *Keith of Kinkel*, inclusive, salientou que, para o rapaz, pouco importava viver ou morrer. Infere-se, no caso, que a retirada de suporte vital não era apenas legal, como também eticamente justificável, já que o tratamento de Bland não serviria mais para manter as características daquilo que se chama “personalidade”.

Nesse julgado, a Corte britânica, então, abandonou a noção de que a vida por si só é um benefício à pessoa, a despeito de sua qualidade. Os juízes, em sua maioria, deixaram bastante claro que a retirada da alimentação artificial ocasionaria a morte do jovem, ou seja, espanearam qualquer dúvida quanto à “intenção” do procedimento. O



objetivo era claro, por termo à vida de Bland, a partir de uma conduta médica ativa, e não outro, eventualmente mais nobre e cujo mero efeito colateral e não previsto seria a morte dele.

De pronto, acabaram-se com duas tradições. Deixa-se de falar que a profissão médica deve preservar a vida a qualquer custo e se passa a falar que ela pode, intencionalmente, dar cabo da vida de alguém, em dadas circunstâncias. Igualmente, abandona-se a premissa de que a morte de um paciente só pode ocorrer como efeito colateral de uma conduta médica que tenha por objetivo melhorar, de alguma forma, a vida do paciente; ou de meios ordinários ou extraordinários de tratamento.

Os Lordes, no entanto, não objetivavam legalizar a eutanásia, ainda que seu argumento possa assim ser considerado. Eles ainda mantiveram a distinção entre uma ação que tem por objetivo acabar com a vida e a omissão em manter a vida, em sua maioria por conta das limitações legais. Lorde Mustill, de maneira franca, disse que aquele julgamento apenas enfatizava as distorções de uma estrutura jurídica que é fática e moralmente deformada, dado que a distinção não teria razões para subsistir.

Becchi esclarece, então, que a alteração do conceito de morte (de cardiorrespiratória para encefálica), ainda que contrassensualmente, resolveu o problema dos transplantes, mas manteve intacto o problema do intencional termo médico antecipado à vida. Não obstante, o avanço das tecnologias de suporte artificial de vida somado ao avanço das tecnologias de diagnóstico encefálicas põe em cheque esse conceito.

Torna-se necessário não melhorar esse conceito (como a tendência de definir a morte encefálica como morte do córtex ou como a falência das funções cerebrais superiores), mas o abandonar. Se ele for alterado, mais uma vez, como já o foi por diversas vezes ao longo dos anos, haverá apenas reconstrução de uma convenção fraca em torno de seu sentido, que muito provavelmente deverá ser novamente revista quando novos métodos de tratamento de pessoas em grave situação clínica forem criados e novos métodos e exames de aferição neurológico forem desenvolvidos.

O conceito encefálico de morte é usado, com sucesso, de maneira convencional para se evitar que discussões duras, sérias e profundas sejam feitas. Deixa-se ao arbítrio da tecnociência criar uma definição que é, a rigor, uma definição filosófico-jurídica,

fundamental em diversos momentos no direito. O bônus é que se deixa à classe médica o trabalho de discutir e traduzir a morte, mas o ônus é que o direito cria contradições contínuas e distorções insuperáveis quando se tenta aplicar esse conceito quando da terminalidade da vida.

A própria medicina reconhece sequer saber diagnosticar adequadamente a morte encefálica, havendo intensa controvérsia sobre “o que ela significa”, e não apenas quais são os critérios adequados para aferi-la. Metade dos médicos não crê que morte encefálica e morte signifiquem a mesma coisa (JOFFE et al., 2012).<sup>22</sup>

Os pacientes cerebralmente mortos não são cadáveres (RADY, 2013, p. 26), já que não se compreende a morte encefálica como equivalente de morte do ser humano integral. Por isso, a doação de órgãos não encontra justificativa ética adequada na consideração da pessoa como morta, pelo que seria necessário encontrar alternativas outras de justificação (THOMAS, 2012, p. 101). O conceito médico de morte encefálica não encerra definição adequada à morte justamente porque constrói conceito baseado em critérios de aferição, que, por vezes, sequer são compreendidos ou mesmo aplicados pelos responsáveis. Um conceito convencional, sustentado meramente por parâmetros mutáveis, desconectado de questionamentos filosóficos e jurídicos é insubsistente.

O caso Bland demonstra a necessidade desse abandono, com consequente readequação de uma definição que seja compartilhada. Paralelamente, seja para o transplante de órgãos, seja para o intencional termo médico antecipado à vida, deve-se não mais levar em conta o conceito encefálico de morte baseado meramente em axiomas

---

<sup>22</sup> A primeira pergunta era: “Qual opção é um conceito aceitável para explicar por que morte encefálica é equivalente à morte?”. 27% escolheram a perda irreversível da integração das funções corporais pelo cérebro, 12%, a cessação do trabalho vital do organismo e quase metade usou um conceito de função cerebral elevada.

Quando questionados se estabeleceriam que o paciente morreu, critérios externos fizeram significativa diferença. Em condições nas quais o paciente já cumpria os critérios técnicos de verificação de morte encefálica, mas ainda existia atividade eletroencefálica (critério esse já descartado há décadas), apenas 38% disse ter certeza da morte; quando em face de uma grávida na mesma situação, quase 20% disseram que ela não estava morta, e só morreria posteriormente (para boa parte, apenas após o parto). Quando a família exigia a continuidade do suporte vital por um período de alguns meses, 16% respondiam que, nesse período, a pessoa não estava morta e 15% que a pessoa continuava a exibir sinais de vida. Metade dos médicos afirmaram que a morte encefálica e morte cardiorrespiratória significavam a mesma coisa.

A conclusão foi de que os neurologistas americanos não têm uma lógica coerente para aceitar a morte encefálica como morte, nem compreensão clara dos testes diagnósticos necessários para aferi-la.

técnicos. A definição deve vir do direito e da filosofia, ainda que fique à cargo da medicina e da bioquímica o estabelecimento de critérios específicos.

A pessoa, ainda que não esteja morta, está em condição clínica que permite a cessação do suporte vital, seja para o transplante de órgãos ou não; permite não apenas a cessação do suporte vital, que pode fazer com que a pessoa fique ainda tempos viva, de maneira indigna, até que sua atividade vital cesse completamente, mas também que determinados procedimentos, presentemente proscritos, sejam levados a cabo para que a pessoa possa morrer com dignidade.

O direito não busca na medicina apenas os critérios para aferir a morte, mas se agasalha dela também para defini-la. O conceito jurídico de morte está, no Brasil, assim como em variados países, fora das tradicionais normas jurídicas. E mesmo na Resolução do CFM que dispõe sobre a constatação da morte encefálica esse conceito não está exposto em seus artigos, itens ou parágrafos, mas nos “considerandos”: “Considerando que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial”.

Considera-se, aprioristicamente, o que é morte, mas esse conceito é irrelevante. Relevante são os critérios para sua aferição, segundo a norma técnica médica. O conceito é pressuposto, é axiomático, portanto, e, curiosamente, nem mesmo o CFM afiança que a morte encefálica “é a morte”, mas “equivale à morte”. A dificuldade de sustentar a convencionalidade e tecnicidade da morte encefálica fica evidente.

Esse problema se transmuta num vácuo de proteção visível no ordenamento jurídico brasileiro. O direito legislado protege a vida com dignidade e o cadáver com dignidade, mas não a morte. A vida digna é objeto de proteção do art. 1º, inc. III, da Constituição Federal; o cadáver digno é objeto de proteção do art. 8º da Lei nº 9.434/1997.<sup>23</sup> A pessoa, porém, quando da passagem da condição de sujeito a objeto,<sup>24</sup> parece encontrar-se desprotegida, sobretudo porque o direito se contradiz acerca dessa passagem.

---

<sup>23</sup> Art. 8º. Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, **o cadáver será** imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º, e, em qualquer caso, **condignamente recomposto** para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento (sem grifos no original).

<sup>24</sup> Não há sinonímia entre sujeito de direito e pessoa humana e nem há consenso quanto à natureza jurídica do cadáver, mas a literatura jurídica geralmente o classifica como coisa fora do comércio, a despeito de

## 1.2 Equivocidade e superfluidade de conceitos terminais

Explica Rescigno (2010, p. 197-198) que talvez o termo eutanásia tenha sido utilizado pela primeira vez pelo escritor latino *Gaius Suetonius Tranquillus* para indicar o tipo de morte que César Augusto queria ter. A palavra assume uma conotação positiva de morte sem dor ou sofrimento, já que a assistência ao suicídio não era punida no mundo clássico até o advento da cristandade. É no Medievo que se muda a relação do homem com a vida e a morte.

Thomas More é o primeiro a teorizar sobre o tema, ao distinguir moralmente a eutanásia terapêutica ou piedosa da eutanásia eugênica ou econômica (cujo objetivo era melhorar a espécie ou desagrar a comunidade de sujeitos economicamente inúteis). Mas certamente foi Francis Bacon o primeiro a explicar de maneira completa seu conceito contemporâneo, circunscrevendo a eutanásia à relação médico-paciente, na qual apenas um médico competente poderia administrar a especial terapia analgésica de modo a lhe dar alívio definitivo.

Numa interpretação intempestiva do Juramento de Hipócrates, ele defendia um elemento central unificador: a voluntariedade. De um lado, quem quer viver deve continuar a ser tratado sem reserva e, de outro, quem voluntariamente sente que não pode suportar o sofrimento e a doença, deve ser ajudado a encontrar a “doce morte”. No entanto, os médicos dos séculos seguintes mantiveram-se ligados à ideia de que a medicina é um ramo da caridade, arremata Rescigno.

A ideia contemporânea de eutanásia se afasta daquela conectada à utilidade pública (na qual se pode compreender diversos fenômenos com a eutanásia eugênica, econômica, criminal, experimental, profilática ou solidarista) e se prende exclusivamente à eutanásia individual ou piedosa. Essa noção de eutanásia é destinada a modificar-se juntamente com o progresso médico-científico (RESCIGNO, 2010, p. 198).

Pode-se, de antemão, esclarecer que mesmo as distinções que parecem bastante claras tornam-se nebulosas. É difícil contrapor “matar a deixar morrer”, porque

---

posições outras como “semi-pessoa” ou coisa no sentido puro (sobre o assunto, em detalhes: GEDIEL, 2000, p. 175).

o incessante progresso científico pode induzir que se considere aquele comportamento ativo também uma omissão; deixar algo não acontecer parece uma forma de fazer. A eutanásia ativa parece também se verificar em casos de comportamento omissivo (RESCIGNO, 2010, p. 199). As questões que emergem são muitas e as soluções, diversas.

Há constante equivocidade e superfluidez nos conceitos que envolvem as decisões terminais por variadas razões. Primeiro, o abandono, pelo direito, da conceituação de morte, e a adoção consequente de conceito técnico-científico convencional estabelecido pela medicina. Segundo, a mutação constante dos parâmetros de aferição da morte encefálica, basais ao conceito. Terceiro, as dificuldades em equalizar a noção de morte *lato sensu* com a de morte encefálica. Quarto, a dificuldade em se tratar da “teoria do duplo efeito” dos cuidados paliativos.

Outros elementos, mais periféricos, ainda dificultam a análise das questões que envolvem a terminalidade. Essas razões deságuam na dificuldade que há em categorizar os fenômenos de fim de vida: eutanásia, suicídio assistido, distanásia, ortotanásia e homicídio acabam se imiscuindo de tal forma que a legislação e a literatura jurídica tratam de fenômenos muito semelhantes, ou mesmo idênticos, a partir de perspectivas completamente diversas.

Não raro a legislação nacional trará distinções de tal forma superficiais e equívocas que sua aplicação dá margem enorme para que decisões variegadas sejam encontradas na jurisprudência. Igualmente, de maneira surpreendentemente comum, a literatura jurídica assume determinados conceitos de maneira axiomática, sem qualquer compromisso com a realidade. Pior, em alguns casos, diferentes autores limitam-se a repetir, de maneira claramente irrefletida, conceitos propalados a esmo, sem reflexão jurídica e sem escólio técnico-médico.

Entender a razão pela qual esse pluralismo conceitual grassa no direito é fundamental para compreender a razão pela qual ele é insuficiente. Ao atinar para essa questão, é possível revelar caminhos para sua superação. Para isso, analisar-se-á a legislação e a literatura jurídica de maneira ampla.

Frise-se, quanto à legislação, que o objeto não é fazer direito comparado. Em que pese se tenha feito um recolhimento de normas internacionais bastante distintas entre si,

não se pretende compará-las de maneira minudente. Isso exigiria compreensão profunda de cada um dos ordenamentos jurídicos em questão, bem como as origens e razões de cada um dos institutos. As normas analisadas têm origem histórica, sociológica, moral, lógica, e mesmo religiosa, em certos casos, inarredável em relação ao ordenamento no qual foram inseridas e encontram nele explicação sistemática própria.

Pretende-se tão somente demonstrar como questões bastante novas no direito, que remontam – do modo como hodiernamente discutidas – à Comissão de Harvard e à Declaração de Sydney, receberam soluções legais bastante diversas. Em realidade, apenas na última quadra do último século é que esses temas se tornaram mais prementes em alguns poucos países, especialmente naqueles nos quais houve regulamentação ou proscrição das práticas terminais após clamor social intenso.

Por outro lado, quanto à literatura jurídica, o inverso ocorre. Em que pesem os autores discutirem os temas com lastro na legislação local, tentam imprimir certo ar de universalidade aos temas relativos ao fim de vida. Há, em regra, repetição dos conceitos que envolvem a terminalidade como se eles fossem, ao mesmo tempo, óbvios, autoexplicativos, inequívocos e universais. Não raro, mais uma vez, a literatura jurídica que discute esses temas “pressupõe” os conceitos terminais, quase de maneira axiomática, e passa a discussões de segundo grau – consequências, dificuldades, soluções e críticas – sem que os fundamentos sejam sequer questionados.

A revisão legislativa passará pelas fontes que puderam ser revisitadas durante a pesquisa. Repise-se que o objetivo, portanto, está longe de se fazer direito comparado, apenas se utilizando das regras jurídicas como pano de fundo para as discussões posteriores do trabalho. Ver-se-á que diferentes ordenamentos jurídicos dão tratamento legislativo bastante distinto em se tratando das condutas terminais.

O Vaticano, por meio da Congregação pela Doutrina da Fé, firmou a Declaração sobre a Eutanásia, que fornece uma definição de eutanásia como “a ação ou omissão que, por sua natureza ou intenção, procura a morte, com o objetivo de eliminar qualquer dor”. Sua prática viola a lei divina, é uma ofensa à dignidade humana, um crime contra a vida e um atentado contra a humanidade. Trata-se da ideia de soberania de deus, que “mata e faz viver”, inconciliável com a faculdade do súdito de dar fim à própria existência (CUCCINIELLO, 2010, p. 226).

A concessão da vida, nessa perspectiva, como dom divino indisponível, proíbe qualquer forma de antecipação à morte. Nem mesmo os mártires católicos o fizeram; acabaram morrendo por consequência inevitável de perseguições e aprisionamentos, mas suportaram essas situações com perseverança. Por isso, qualquer tipo de distinção em relação ao termo antecipado à vida perde razão de ser.

Nos Países Baixos, a lei conceitua a eutanásia como “pôr termo à vida mediante solicitação prévia do paciente”, ou seja, a distinção entre eutanásia ativa e passiva não tem qualquer efeito prático nessa lei (GROENHUIJSEN, 2007, p. 929). Em certo sentido, a eutanásia perde sua ligação com o conceito de homicídio e de morte natural ou artificial. Sua noção liga-se à terminação da vida de alguém mediante requisição. Obviamente que essa solicitação segue determinados pré-requisitos, de modo que, se alguém simplesmente pede para que um médico o mate, não se está diante de uma hipótese de eutanásia, mas de homicídio.

Os australianos distinguem a eutanásia voluntária da não voluntária e da involuntária. A primeira é a morte do paciente por ele requisitada; a segunda refere-se à decisão de por termo à vida de um paciente que não tem capacidade e, portanto, não pode exprimir consentimento; a terceira consiste em terminar a vida contra a vontade do paciente, o que incluiria o homicídio culposo e doloso.<sup>25</sup> A eutanásia ativa seria aquela cujo tratamento direta e intencionalmente causasse a morte do paciente ao passo que a passiva se referiria à retirada ou recusa de tratamento vital cuja omissão sabidamente resultará a morte prematura da pessoa (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 367-368).

---

<sup>25</sup> Eis aqui uma dificuldade de tradução direta, já que o termo *homicide* (homicídio) é, numa tradução mais simples, subdividido em *murder* (homicídio doloso) e *manslaughter* (homicídio culposo). No entanto, as definições de *murder* e *manslaughter* não correspondem exatamente às definições de homicídio culposo e doloso de acordo com a literatura criminal brasileira. Por exemplo, na *common law* da Grã-Bretanha, o *second-degree murder* (homicídio em segundo grau) ocorre quando o agente: (i) mata outrem no impulso do momento, o que no Brasil corresponde ao homicídio cometido “sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima” (art. 121, §1º do Código Penal brasileiro); (ii) tem a intenção de causar grave dano corporal à vítima, mas antecipa que o resultado pode ser morte, o que aqui corresponde ao homicídio com dolo eventual, que recai no homicídio simples (art. 121 do CP); (iii) quer apenas causar grave dano, sem *animus necandi*, mas a vítima acaba morrendo em consequência das lesões, o que para o Código Penal brasileiro corresponde à lesão corporal seguida de morte (art. 129, §3º do CP). Por outro lado, em 2010, o governo britânico aprovou uma lei que transformou de *murder* para *manslaughter* o homicídio cujo agente era uma mulher cujo parceiro a havia previamente agredido (*battery*), sob o argumento de que esse homicídio ocorrera numa situação de “perda de controle”, à semelhança do nosso homicídio cuja pena é diminuída pelo art. 121, §1º, do CP, como dito alhures.



Na Alemanha, a distinção entre a proibida eutanásia ativa e a permitida eutanásia passiva não se estabelece a partir de uma ação ou omissão do médico. A diferença reside no fato de o curso natural de uma doença terminal não ser parado por intervenção médica, na modalidade passiva, e no fato de a vida do paciente chegar a termo antecipadamente, independentemente do curso natural, por um ato que não é indicado pela literatura médica (GROENHUIJSEN, 2007, p. 930).

A distinção alemã é radicalmente distinta da holandesa e se aproxima da israelense e grega, vistas adiante. O elemento que sobressalta, porém, é a indicação de determinada conduta pela literatura médica especializada. Na modalidade passiva, a literatura médica indica que determinado procedimento é contraproducente; na ativa, a literatura expressamente indica a tomada de um procedimento, que não é seguido. Assim, por exemplo, inserir determinado medicamento na corrente sanguínea do paciente, de modo que ele tenha o diafragma paralisado, não é um ato considerado razoável pela literatura médica na tentativa de se salvar um paciente.

Já em Israel e na Grécia, a proibida eutanásia ativa é conceituada como a aceleração da morte por um ato do médico ou do paciente com a assistência do médico. A eutanásia passiva é retenção de um tratamento que salvaria a vida do paciente, como, por exemplo, o uso de respirador artificial; sua penalização será avaliada a depender das circunstâncias do caso (GROENHUIJSEN, 2007, p. 930).

Nesse sentido, no direito israelense, não há distinção prática entre a eutanásia e o suicídio assistido, e a eutanásia ativa é proibida porque se assemelha ao homicídio, numa tomada de meios para pôr fim a uma vida que não teria fim, naturalmente. Ao contrário a eutanásia passiva pode não ser criminalizada porque ela, em si, não ocasiona a morte do paciente, que morreria “naturalmente”.

Há evidente critério de cunho naturalístico, ou seja, a morte, encarada como algo natural, não reclamaria punição daquele que nada faz para a conter. Ao contrário, o agente que acelera o fenômeno natural da morte, de modo não natural, deve ser penalizado, contrariamente.

Essa distinção parece obedecer ao chamado “mito da diferença moral”: matar é uma coisa e outra, completamente diferente, é deixar morrer. Por isso, um médico jamais pode matar, mas pode, por vezes, abster-se de prevenir a morte (KUHSE, 2009, p. 265).



Tal noção naturalística é bastante relevante para o direito americano, já que parece mais segura, permitindo que tratamentos sejam recusados ou retirados, mas proibindo práticas de abreviação ativas (BATTIN, 2009, p. 280).

É uma noção próxima da alemã, mas diferente dela porque nesta não se fala em ação ou omissão, ao passo que na israelense e grega há a necessidade de uma ação do médico. Por outro lado, a noção alemã não coloca no mesmo lugar a assistência ao paciente pelo médico, diferenciando-a do ato próprio do médico.

No direito grego, a eutanásia ativa, como dito, é a aceleração da morte por um ato do médico ou do paciente com a assistência do médico, ou seja, não se diferencia a eutanásia ativa do suicídio assistido. A eutanásia passiva, por sua vez, se aproxima do conceito tradicional de omissão, pelo que ela se aproxima da figura da omissão de socorro, que, portanto, só pode ser imputada a um número limitado de pessoas, como médicos, enfermeiros e familiares. Por isso, tanto a eutanásia ativa quanto a passiva são caracterizadas como crimes próprios.

Além disso, a Grécia distingue a eutanásia ativa direta da eutanásia ativa indireta. A primeira é a eutanásia que ocorre quando o médico administra droga letal ao paciente e a segunda é aquela que ocorre quando o médico administra um medicamento para aliviar o sofrimento do paciente, mas que indiretamente ocasiona a morte (GROENHUIJSEN, 2007, p. 932). A segunda hipótese, em resumo, é sinónimo daquilo que se convencionou chamar do “duplo efeito dos cuidados paliativos”, com resultado previsível de morte.

Croácia, Polónia e Itália distinguem a eutanásia ativa e passiva a partir da perspectiva clássica de ação *versus* omissão. A eutanásia ativa é a “boa morte” causada por ação do médico; a passiva é a retirada de suporte vital à manutenção da vida do paciente, deixando-se o curso da vida seguir naturalmente. A eutanásia passiva é legal, desde que não haja dever do médico de assistir ao paciente (GROENHUIJSEN, 2007, p. 930).

Na Croácia, a eutanásia direta significa o envolvimento pessoal na causação da morte. Já a indireta pode ser tomada em suas acepções. Primeiro, ela se identifica com o suicídio assistido, ou seja, apesar de o médico não diretamente retirar o suporte vital, ele colabora com o paciente, para que o próprio o faça. Num segundo sentido, ela se

aproxima da “limitação de tratamento”, que visa aliviar o sofrimento do paciente, ainda que isso signifique um encurtamento de sua vida (GROENHUIJSEN, 2007, p. 931).

Essa noção é próxima daquilo que se utiliza na Alemanha, Itália e Espanha (vista logo mais). A eutanásia indireta é sinonímia dos cuidados paliativos com duplo efeito, ou seja, cuidados administrados pelo médico que, eventualmente, terão o efeito colateral de reduzir o tempo de vida da pessoa, mas cujo objetivo é aliviar seu sofrimento e lhe dar alguma qualidade de vida maior, se possível.

O direito croata ainda distingue a eutanásia voluntária da não voluntária, tal qual o direito japonês (visto abaixo), mas cria uma terceira categoria, a eutanásia involuntária. A eutanásia involuntária é aquela praticada contra a vontade do paciente ou de seu representante legal (GROENHUIJSEN, 2007, p. 932), caso o próprio paciente não tenha capacidade para expressar sua negativa.

No entanto, parece que essa categoria é tecnicamente incorreta, já que esse não é um caso de eutanásia, mas de homicídio, ou segundo alguns, ainda de modo incorreto sob o ponto de vista técnico, de um homicídio eutanásico. Parece que a legislação croata faz essa distinção de modo a clarificar que a eutanásia depende, sempre, de consentimento, seja do paciente, seja do representante legal, de modo a afastar o homicídio puro e simples do âmbito de aplicação das prescrições legais àquela atinentes.

A Espanha, por sua vez, tem uma definição dupla de eutanásia passiva. De um lado, tal qual como a definição clássica, entende-se-a como a retirada de suporte vital ou a ausência pura e simples de tratamento; essa modalidade é ilegal. De outro, a literatura médica compreende que determinados atos médicos são fúteis, pelo que sua interrupção não merece tipificação, já que a continuidade do tratamento é inútil, como é comum ocorrer em hospitais (GROENHUIJSEN, 2007, p. 931).

Essa segunda modalidade de eutanásia passiva, que é permitida na Espanha é, assim, muito próxima da eutanásia passiva pelo conceito alemão. Igualmente, ela se insere naquilo que se convencionou chamar de ortotanásia no Brasil, em detrimento da distanásia.

A eutanásia ativa, por sua vez, que se confunde com a noção comum de eutanásia, é criminalizada pelo art. 144, 4, do Código Penal espanhol. O agente da eutanásia ativa é tido como aquele “que causar ou cooperar ativamente com atos

necessários e diretos para a morte de outrem, mediante pedido expresso, sério e inequívoco deste, nos casos em que a vítima sofre de enfermidade grave que a conduziria necessariamente à morte ou que produza padecimento permanente e difícil de suportar” (ESPANHA, 2015).

No entanto, a tipificação da eutanásia ativa está contida no artigo que trata da indução, da instigação ou da cooperação do suicídio. Ou seja, a noção de eutanásia está muito mais ligada, na Espanha, ao auxílio ao suicida em estado terminal. O próprio conceito denota essa sinonímia, considerando o sujeito ativo do tipo tanto aquele que causar quanto aquele que cooperar ativamente.

O objetivo foi, depois de se afastar a tipificação da eutanásia passiva, confundida com aquilo que se convencionou chamar de ortotanásia no Brasil, considerada prática médica comum, tipificar todo e qualquer ato que não se enquadrasse naquela noção. Não se pune a ortotanásia, mas se punem todas as demais formas de termo antecipado à vida. A lei espanhola, porém, imputa pena inferior a essas situações, distinguindo-as do homicídio ordinário e da indução, instigação ou cooperação ao suicídio ordinário.

No Japão, distinguem-se cinco tipos de eutanásia. A eutanásia ativa (1) tem um componente voluntário, próximo do holandês, ou seja, é o termo a sofrimento do paciente, por meio de uma ação, de acordo com uma requisição do paciente. A eutanásia passiva (2), por sua vez, ainda tendo em vista o componente voluntarista, é a cessação de tomada de atitudes médicas para prolongar a vida, de acordo com uma requisição do paciente (GROENHUIJSEN, 2007, p. 931). A eutanásia ativa é criminalizada, mas a passiva não, sob o argumento de que não se pode obrigar alguém a prolongar a própria vida.

Já a eutanásia indireta (3) é aquela semelhante aos cuidados paliativos, mas, ainda partindo do argumento voluntarista, o paciente deve solicitar que os medicamentos lhe sejam administrados. Assim, alivia-se sua dor e, indiretamente, causa-se a morte. Curiosamente, em outros países, não é necessário que o paciente concorde com os cuidados paliativos; o médico pode administrar medicamentos que, em última análise, acelerarão a morte do paciente, visando ao seu bem-estar. No Japão, ao contrário, os cuidados paliativos devem ter sido previamente solicitados (GROENHUIJSEN, 2007, p. 932).

Por outro lado, os japoneses distinguem a eutanásia voluntária (4) da não voluntária (5). A primeira trata de pôr termo à vida com consentimento explícito e esclarecido do paciente – pelo que se a confunde com a eutanásia ativa; a segunda trata das situações em que o consentimento não é possível, seja fática – paciente em coma, por exemplo –, seja juridicamente – incapazes, de modo geral (GROENHUIJSEN, 2007, p. 932).

Como se viu, em Israel, na Grécia (GROENHUIJSEN, 2007, p. 930) e na Espanha (ESPAÑA, 2015), a proibida eutanásia ativa é conceituada, resumidamente, como a aceleração da morte por um ato do médico ou do paciente com a assistência do médico. Em outras palavras, eutanásia e suicídio assistido não são espécies distintas, mas uma única modalidade de terminalidade ativa da vida.

Outros países, como os Países Baixos, distinguem a eutanásia e o suicídio assistido. No entanto, no caso neerlandês, como a eutanásia é permitida pela legislação nacional, não há relevância em distinguir ambos os conceitos quando se analisa determinada conduta. Seja eutanásia, na definição clássica, seja suicídio assistido, também em sua definição clássica, a conduta não é criminalizada, desde que cumpridos os requisitos legais.

Ainda que tenha se estabelecido uma distinção entre o suicídio assistido médico e a eutanásia ativa, em geral os questionamentos morais que surgem são comuns a ambos. Por isso, o país permite que os pacientes tenham acesso a ambas as modalidades de terminação antecipada da vida. O mesmo ocorreu no australiano *Northern Territory* quando a eutanásia se tornou legal no estado (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 368), por curto período.

O *Rights of the Terminally Ill Act* de 1995 foi aprovada por 15 votos a 10 pelo Parlamento local do *Northern Territory*. Em agosto de 1996, uma lei que acabava com a eutanásia foi rejeitada pelo mesmo legislativo, por 14 votos a 11. No entanto, em 1997, uma manobra do Parlamento federal australiano cassou o poder legislativo do Território, fazendo com que a lei perdesse validade, por meio do *Euthanasia Laws Act*. Durante o período em que a morte antecipada era permitida, apenas quatro pessoas fizeram uso dessa faculdade.

Na Bélgica, por sua vez, a distinção existe, eis que se permite a eutanásia, desde que cumpridos os protocolos legais. Curiosamente, porém, a legislação belga trata apenas da eutanásia, não havendo permissão ou regulamentação equivalente para o suicídio assistido (GROENHUIJSEN, 2007, p. 933). A explicação é que, para os belgas, a assistência ao suicídio equivale à assistência clássica, prosrita por vários ordenamentos jurídicos, como o Brasil. Já o suicídio assistido médico equivale à eutanásia, permitida. A distinção está, portanto, na assistência ser provida por um médico, cumpridos os requisitos legais (permitida), ou por alguém que não se encaixe na liberação legal ou não cumpra os requisitos legais (proscrita).

Como dito anteriormente, nos Países Baixos, a eutanásia é conceituada como a ação que põe “termo à vida mediante solicitação prévia do paciente”, de modo a tornar ineficaz a distinção entre eutanásia ativa e passiva ou entre eutanásia e suicídio assistido. É irrelevante quem pratica o “ato final” ou se o ato é omissivo ou comissivo. A noção de eutanásia involuntária é, também, uma contradição em termos, já que imprescindível a “solicitação prévia do paciente”. Por isso, a norma criminaliza a eutanásia realizada fora dos padrões legais (GROENHUIJSEN, 2007, p. 929).<sup>26</sup>

Tanto defensores quanto opositores do suicídio assistido médico concordam que é discriminatório permitir o suicídio assistido e vedar a eutanásia. Se se pretende a proscrição das práticas de antecipação do termo à vida de maneira ampla e irrestrita, como o faz o Vaticano, não há sentido em distinguir o suicídio assistido da eutanásia, eis que o resultado é idêntico. Se se pretende permitir a antecipação, como o faz a Bélgica, a distinção limitaria a decisão terminal àqueles que são fisicamente aptos, ou seja, pacientes com restrições severas de locomoção não poderiam decidir sobre sua morte.

A “tese da equivalência” apresenta um argumento utilitarista para demonstrar a inexistência de uma diferença moralmente apreciável entre matar e deixar morrer.

---

<sup>26</sup> Segundo o autor em questão, essa mesma lei cria critérios para descriminalizar a eutanásia, estabelecendo que o médico deve:

- a. Estar convencido de que a vontade do paciente é livre e foi bem pensada;
- b. Estar convencido de que o sofrimento do paciente é duradouro e insuportável;
- c. Informar ao paciente seu estado e suas perspectivas;
- d. Estar convencido, junto com o paciente, de que outra solução razoável não está disponível;
- e. Consultar outro médico, independente, que viu o paciente e que deu sua opinião escrita no mesmo sentido que ele;
- f. Exercer os cuidados médicos devidos quando do termo à vida do paciente.

Imagine-se que Smith e Jones herdarão a fortuna de seu primo de seis anos de idade. Smith afoga o primo numa banheira de modo que parece um acidente. Jones planeja afogar o primo, mas quando abre a porta, o vê escorregando, batendo a cabeça e caindo dentro da banheira; ele assiste à cena e não faz nada enquanto o primo morre afogado. Smith matou o primo; Jones “apenas” o deixou morrer. A conduta comissiva de Smith não é moralmente mais repreensível que a conduta omissiva de Jones; ambas se igualam (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 372).

Por conta disso, a maioria dos sistemas legais não traz norma específica para a eutanásia, salvo a Espanha e a Bélgica (GROENHUIJSEN, 2007, p. 929); naquele país para se proibir, neste para se permitir. De outra banda, não é incomum a tipificação da assistência ao suicídio, na esteira ainda da antiga tipificação do próprio suicídio, oriundo do direito canônico medieval.<sup>27</sup> A Bélgica continua a tipificar a assistência ao suicídio, mas fora do contexto médico; assistência “médica” ao suicídio e assistência ao suicídio comum são situações diferentes nesta legislação, sendo apenas esta última punível.

O direito brasileiro, por sua vez, estabelece, no art. 122 do Código Penal, que o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio é, em regra, punida de dois a seis anos de reclusão. Há exceções em que a pena é aumentada, como nos casos em que a vítima tem sua capacidade de resistência reduzida ou quando o crime é egoisticamente motivado. Não há distinção entre a assistência “médica” ou não. Por isso, a distinção entre eutanásia e suicídio assistido parece relevante, no país, para fins criminais, ainda que recaia nos mesmos problemas e gere as mesmas contradições vistas anteriormente.

Não há distinção entre suicídio assistido e eutanásia em muitos dos países que proíbem ou que permitem as práticas por conta da repercussão do caso estadunidense

---

<sup>27</sup> O Código de Direito Canônico, em sua versão original, de 1917 (VATICANO, 2000), era bastante rígido em relação ao suicida, tenha ele consumado ou não o ato. O suicida seria privado de sepultura eclesiástica, sem missa exequial, verdadeira vergonha pública em comunidades católicas apostólicas romanas tradicionais.

O Código Canônico mais recente, de 1983 (VATICANO, 1995), ainda reprime o suicídio, mas de maneira bem mais branda. Ainda que não taxativamente previsto, o suicida pode ter privada a sepultura eclesiástica e a missa exequial, a depender da decisão do pároco local, já que o Cân. 1.184, §1º, 3º permite que sejam as exéquias eclesiásticas afastadas nos casos de pecadores manifestos, cuja concessão signifique escândalo público dos fiéis.

Baudrillard (1996, p. 176-177) chama atenção para o *death power* que, ao reprimir a morte, reprime também a vida; instalando-se o “*interdito da morte*”, simultaneamente se instala a instância que vigia o interdito da morte: o poder. Ou seja, o poder que controla a morte controla, consequentemente a vida. “A vida entregue à morte – essa é a operação do simbólico”.

do médico Jack Kevorkian. Como ele conseguiu se livrar de várias acusações de homicídio ao longo de quase uma década justamente por conta dessa sutil diferenciação, viu-se que, na prática, ela beira à inutilidade.

Pouco relevante é questionar se foi o médico, direta ou indiretamente, ou se foi o paciente, com auxílio, mais ou menos direto, do médico a pôr termo à vida. A pessoa, em ambas as situações, morre, e morre pelo auxílio médico. Quem realizou o ato final, pessoalmente, portanto, é filigrana em relação ao evento.

Ao lado das dificuldades impostas pelas artificiais e insubsistentes distinções entre as variadas formas de eutanásia (e suas numerosas espécies e subespécies) e de assistência ao suicídio, há ainda a questão que envolve a omissão, a retenção e a retirada de suportes artificiais de vida e tratamentos médicos. Essas questões se ligam diretamente àquilo que se convencionou chamar de ortotanásia e distanásia.

Primeiro, há ordenamentos que exigem clara distinção entre suportes ordinários e extraordinários de vida. Segundo, distingue-se por vezes os suportes artificiais (de oxigênio, nutrição e hidratação) como verdadeiros tratamentos médicos ou como suportes ordinários. Isso pode significar, em determinados ordenamentos, a possibilidade, ou não, de se reter ou retirar esses tratamentos, com a consequente morte da pessoa.

Na Alemanha, há uma interessante forma de se analisar o problema dos tratamentos médicos que podem ser recusados pelo paciente. Em 1994, o BGH <sup>28</sup> decidiu, no Caso Kempten, <sup>29</sup> que o consentimento presumido do paciente teria o mesmo

---

<sup>28</sup> O BGH – *Bundesgerichtshof* – é a Corte alemão equivalente ao STJ. A Alemanha ainda conta com o BVerfG, ou *Bundesverfassungsgericht*, a Suprema Corte, ou Corte Constitucional, equivalente ao STF. Obviamente que há diferenças entre o BGH e o STJ e o BVerfG e o STF, mas isso não faz parte do objeto de análise, daí a desnecessidade de maiores apontamentos.

<sup>29</sup> Kempten, uma cidade-livre no extremo sul da Baviera, exigiu a manifestação do BGH, em 1994, no caso de um homem de 72 anos que se encontrava em estado vegetativo persistente, sem que houvesse exprimido vontade relativamente à manutenção ou não de tratamentos médicos. Ele poderia ainda sobreviver por muitos meses ligado a suporte artificial de nutrição e hidratação, segundo os médicos. O julgado foi paradigmático porque, pela primeira vez, uma Corte alemã permitiu a cessação da nutrição artificial a um paciente que não se encontrava prestes a morrer e, ao mesmo tempo, tal permissão não derivava de vontade expressa da pessoa, mas de sua vontade presumida. O argumento da decisão foi de que não havia “razoabilidade” para mantê-lo naquelas condições, no caso concreto.

A Corte esclareceu que a omissão ou interrupção de tratamentos é direito inamovível da pessoa, ainda que essa medida tenha o condão de ajudar a pessoa a sobreviver por longo tempo. A decisão encerrava uma disputa de anos acerca da possibilidade de recusa para início ou continuidade de tratamentos nos casos em que a vontade era emanada por documento escrito (diretiva antecipada de vontade) ou, na sua



efeito do consentimento explícito, analisando-se concretamente o caso. Assim, o desejo de recusar um tratamento médico deveria ser respeitado. De outro lado, em caso de dúvida, assentou a Corte, dever-se-ia aplicar o princípio do *in dubio pro vita* (GROENHUIJSEN, 2007, p. 933).

Os alemães passaram a discutir em quais circunstâncias esse consentimento seria aceitável. Os advogados do país passaram a requisitar que fosse feita uma lei para regular a natureza vinculativa das diretivas antecipadas de vontade. Especial atenção deveria ser dada às situações em que elementos outros demonstram a alteração da vontade do paciente, ainda que permanecesse válida uma diretiva anterior, e a validade de diretivas verbais, informais (GROENHUIJSEN, 2007, p. 936).

Na Grécia, quando da permissão para a eutanásia passiva, a escolha cabe ao paciente, apenas. Não se aceita qualquer forma de diretiva antecipada de vontade ou o estabelecimento de mandatário para executar tais escolhas. Se considera a validade do consentimento apenas posteriormente ao evento que exige a decisão, não *a priori*. Assim, na Grécia, a impossibilidade de consentimento do paciente deve ser interpretada *pro vita*, sempre (GROENHUIJSEN, 2007, p. 937).

A solução israelense foi legal, e não judicial, como a alemã. Em 1996, aprovou-se a Lei dos Direitos do Paciente cuja prescrição é pela obtenção prévia de consentimento do paciente para quaisquer tratamentos médicos. No caso de impossibilidade de consentimento, em caso de risco de vida, o médico decide se o tratamento é adequado. Mesmo contra a vontade do paciente o tratamento pode ser realizado, se uma junta médica avalia, depois de ouvida a pessoa, que ele é recomendável e que o paciente, depois de realizado o tratamento e tendo sua vida salva, ratificaria a conduta (GROENHUIJSEN, 2007, p. 934).

Vale lembrar que o médico pode deixar de executar tratamentos nos casos em que os julga fúteis ou que simplesmente irão prolongar artificialmente a vida da pessoa sem chances de recuperação. Nesse sentido, a Lei nº 5.766/2005 – Lei dos pacientes terminais, reforçando tendência nacional, estabeleceu que o paciente pode recusar meios

---

ausência, pela presunção de vontade estabelecida pelo médico ou pelo representante legal. Ainda assim, variados outros debates continuaram acesos nas décadas seguintes (WUNDER, 2014, p. 310)



artificiais de suporte de vida, como oxigênio, nutrição e hidratação, sem ser forçado a aceitá-los (GROENHUIJSEN, 2007, p. 935).

No entanto, deve-se atentar que a lei israelense é menos ampla do que parece à primeira vista. A interrupção de um tratamento que signifique o prolongamento da vida de uma pessoa é equiparada ao homicídio, pelo que é proibida. A eutanásia permitida abarca apenas a compreendida na abstenção ou retenção de tratamentos que podem prolongar a vida, mas nunca a retirada. Não se inclui na proibição determinado tratamento que é cíclico – e que pode não ser renovado <sup>30</sup> – ou aquele que, recusado pelo paciente, fora, contra sua vontade, iniciado (QUER, 2010, p. 239).

Na França, no mesmo sentido, a Lei de 22 de abril de 2005, relativa aos direitos dos doentes e ao fim de vida, permite que o paciente em fase avançada ou terminal recuse ou limite qualquer tratamento médico. Caso isso traga risco de vida, o médico deve atestar a negativa do paciente, por escrito, em seu prontuário, após questioná-lo reiteradamente (FRANÇA, 2005). A Grécia vai mais longe, eis que a negativa do paciente é praticamente absoluta, sob a permissão da eutanásia passiva, mesmo em casos graves e urgentes (GROENHUIJSEN, 2007, p. 935).

A Itália passa por uma transição, por conta dos casos que causaram intensa comoção no país. De regra, permite-se que o paciente se recuse a tratamentos médicos, com base em seu direito de autodeterminação, desde que os tratamentos não importem em risco à vida. Há, porém, a impressão de que ainda não há um consenso bem definido nas situações de fim de vida, especialmente porque a jurisprudência parece verdadeiramente se negar a construir jurisprudência (BISOONI, 2010, p. 256).

Nos casos nos quais a pessoa se encontra em estado vegetativo persistente e que seja possível reconstruir sua vontade pretérita (já que presentemente inconsciente), de modo a estabelecer com certeza sua vontade, é possível suspender um tratamento

---

<sup>30</sup> Isso ocorreu com Itai Arad, que requereu ao hospital local que não fosse ligado a aparelhos de respiração, nutrição ou hidratação artificiais. Após negativa do hospital, ele recorreu ao Judiciário e a Corte Distrital de Tel-Aviv confirmou sua demanda, em vista de seu estado de saúde. A despeito da ordem, o hospital ligou-o posteriormente a um respirador artificial, e se recusou a retirá-lo sob o argumento de que a cessação do tratamento, uma vez iniciado, era ilegal, já que se trataria de eutanásia passiva, que, em regra, é vedada. Arad recorreu novamente, a Corte mais uma vez manteve a ordem e o hospital, então, em 1998, retirou o suporte artificial (QUER, 2010, p. 241).

considerado fútil. O Caso Englaro <sup>31</sup> ilustra essa hipótese, já que a negativa judicial inicial ocorreu exatamente pela ausência dessa certeza quanto à vontade, posteriormente reconhecida (PANEBIANCO, 2010, p. 261).

No entanto, a ausência de ratificação formal da Convenção de Oviedo de 1997 serve de exemplo para demonstrar a dificuldade de se tratar das decisões de fim de vida no atual estado da arte italiano. Apesar de ter sido um dos primeiros países a firmar a Convenção, o país ainda não a depositou – requisito para sua plena aplicação. Ainda que seja requisito de natureza meramente procedimental, a ausência de depósito reflete um movimento político de evitar a vinculação do ordenamento jurídico do país aos princípios lá ratificados (CASONATO, 2010, p. 324-325).

O Caso Welby <sup>32</sup> é outro exemplo. Numerosas decisões deixaram clara a ausência de uma definição razoável de futilidade de tratamento ou de quando se está

---

<sup>31</sup> Em 1992, Eluana Englaro sofre um grave acidente automobilístico e entra em coma profundo. Começa aí uma longa batalha de seu pai para que fosse autorizada a retirada de sua sonda de alimentação artificial. Em 1999, a *Corte d'Appello di Milano* negou o desligamento dos aparelhos de Eluana, decisão essa que foi reafirmada pela *Corte Suprema di Cassazione*, em 2005.

Inicialmente, o *Tribunale di Lecco* e a *Corte d'Appello di Milano* conheceram do recurso do pai de Eluana, mas não lhe deram ganho de causa sob a alegação de que não havia provas suficientes acerca da vontade dela. Posteriormente, a *Corte Suprema di Cassazione* autorizou o desligamento dos aparelhos. Dois argumentos relevantes: (i) a presença de elementos convincentes de que essa era a vontade da pessoa (em relação à sua personalidade, seu estilo de vida, suas convicções), antes de ficar inconsciente, baseando-se na ideia de dignidade da pessoa; (ii) a rigorosa certeza clínica, segundo o *standard* científico reconhecido internacionalmente, de que seu estado vegetativo não lhe permite recobrar a consciência ou retornar a perceber o mundo externo, de modo irreversível, sem chance, ainda que mínima, de recuperação.

Em 2008, então, com base nesses argumentos, a *Corte Suprema di Cassazione* concedeu novo julgamento ao caso e a *Corte d'Appello di Milano* concedeu ao pai de Eluana o direito a desligar o suporte vital artificial, em junho de 2008. Em setembro, o Ministério Público recorreu, alegando ter havido invasão de competência do Poder Judiciário sobre atribuições próprias do Poder Legislativo e, em outubro, a Corte negou seguimento ao recurso.

Recursos de algumas associações à Corte Europeia de Direitos Humanos de Estrasburgo, em novembro, não tinham o condão de suspender a decisão da *Corte di Cassazione*, pois aquela não reconheceu a necessidade de urgência no apelo, e os aparelhos dela foram, finalmente, desligados.

<sup>32</sup> Piergiorgio Welby, jornalista, poeta, pintor e político italiano, filiado ao Partido Radical (que desde 1989 não disputa eleições e se tornou, em 1995, uma ONG), tinha doença degenerativa desde jovem, a Distrofia Muscular de Becker. Ativista, lutou pela eutanásia por décadas, já que desde os anos 1960 fazia uso de drogas ilícitas para aliviar as fortes dores que o acometia. Nos anos 1980, passa por uma desintoxicação bem-sucedida da heroína, mas perde o movimento das pernas de maneira definitiva.

Em 1997, é ligado a um respirador artificial, a pedido da esposa, e, após sair do coma, passa por uma traqueostomia. Ainda que a contragosto, permanece com o respirador por mais alguns anos, mas, em 2006, solicita que ele seja desligado. O pedido de Welby é reiteradamente rejeitado pelas Cortes e há intensa manifestação pró e contra seu pedido na Itália. Em 16 de dezembro de 2006, o Tribunal de Roma rejeita novamente o pedido e, no dia 20 de dezembro, o cardeal presidente do Conselho Pontífice declara que é papel dos médicos decidir se a respiração artificial de Welby é desproporcional e inútil, ou não. Na mesma noite, Mario Riccio, seda Welby e retira seu respirador artificial.

diante da obstinação terapêutica injustificada e desproporcional (BISOGLI, 2010, p. 252). A *Corte di Cassazione*,<sup>33</sup> inclusive, deu prevalência de maneira incondicional ao direito à vida, a despeito do estado de saúde, da autonomia, da capacidade de compreender e querer do interessado e mesmo da qualidade da vida da pessoa (PANEBIANCO, 2010, p. 261).

Não são poucos os autores a criticar o Poder Judiciário italiano pela forma aleatória, temerária e desconexa que vem tratando de seus casos e as numerosas instâncias judiciais do país, que levam as Cortes a serem comparadas a campos de batalha de uma guerra sem fim. Critica-se ainda a rejeição inflamada, por certos grupos mais radicais, de algumas diretrizes que, inclusive, são abraçadas textualmente pela Igreja (PALAZZO, 2010; CALIENDO, 2010; MARINO, 2010; PRODOMO, 2010; RESCIGNO, 2010; MANCUSO, 2010a, 2010b; CUCCINIELLO, 2010).

A Croácia, por meio da Lei de Proteção aos Direitos dos Pacientes, permite que o paciente recuse tratamentos, mas não se permite a ele recusá-los se isso trazer risco de vida (GROENHUIJSEN, 2007, p. 935). Do contrário, os cuidados devem ser administrados, sempre, ainda que contra a vontade do paciente consciente ou de seus

---

O médico anestesista de Welby, que lhe aplicou a sedação e na sequência desligou seu respirador artificial, foi processado profissional e criminalmente. Em fevereiro de 2007, a Ordem dos Médicos de Cremona reconheceu que Riccio agiu legítima e eticamente; em julho, o Juízo Preliminar de Roma o absolve da denúncia de homicídio, com base no art. 51 do Código Penal italiano que prevê a ausência de punibilidade ao médico que cumpre com seu dever de agir após uma requisição do paciente, compreendida aí a possibilidade de refutar tratamento médico.

Nutrição, hidratação e respiração artificiais foram consideradas, na pronúncia, verdadeira e propriamente como tratamentos médicos que podem ser refutados pelo paciente, e não meramente ações ordinárias de suporte, cuja negativa não é permitida pelo ordenamento. Como eram tratamentos – negáveis pelo paciente – o anestesista foi inocentado.

A Igreja, porém, negou as exéquias que a mulher de Welby pediu, sob a alegação de que o objetivo dele era fazer aprovar lei de eutanásia e que ele sempre desejou o suicídio. A instituição mantinha o entendimento de que respiração, hidratação e nutrição artificial não são formas de obstinação terapêutica, mas de manutenção ordinária da vida.

O mérito do caso foi colocar de maneira concreta, direta e precisa o problema. Concreta porque exigiu uma decisão mesmo na ausência de uma lei ordinária específica sobre a matéria, baseando-se nos ditames constitucionais. Direta porque apesar de não ser a primeira decisão sobre interrupção (vide caso Englaro), era a primeira vez que o pedido fora feito por alguém em sua plena capacidade de compreensão e vontade livre. Precisa porque requereu ao Juízo que se pronunciasse exatamente sobre o debate-chave: a escolha de fim de vida e a direito-dever médico de respeitar a vontade do paciente (BISOGLI, 2010, p. 247).

<sup>33</sup> A *Corte Suprema di Cassazione* é a Corte italiana equivalente ao STJ. A Itália ainda conta com a *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, a Suprema Corte, ou Corte Constitucional, equivalente ao STF. Obviamente que há diferenças entre a *Corte Suprema di Cassazione* e o STJ e a *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana* e o STF, mas isso não faz parte do objeto de nossa análise, daí a desnecessidade de maiores apontamentos.

familiares, se inconsciente. No entanto, nota-se uma tendência das Cortes inferiores a permitir a recusa de tratamentos, ainda que eles importem na morte do paciente (GROENHUIJSEN, 2007, p. 936).

Na Espanha, permite-se a cessação do tratamento médico, a pedido do paciente, mesmo nos casos em que ele já tenha começado. Se não há como se saber sobre o consentimento do paciente (em coma, por exemplo), o médico deve agir de acordo com as normas profissionais (GROENHUIJSEN, 2007, p. 935). A legislação penal espanhola, inclusive, tipifica a conduta do médico que age contrariamente ao pedido do paciente, desde que ele o declare expressamente, segundo o art. 172 do Código Penal, sob o título “das coações” (ESPANHA, 2015).

No caso de impossibilidade (fática) de consentimento, o direito espanhol ainda não fixou entendimento, mas as diretivas antecipadas de vontade podem ser levadas em consideração desde que elas não violem as normas éticas médicas. Além disso, como os médicos podem, independentemente de consentimento prévio do paciente, desligar os aparelhos de suporte artificial de vida, a pedido da família (GROENHUIJSEN, 2007, p. 937), esse não parece ser um problema relevante na realidade espanhola.

Na Bélgica, como a eutanásia é legalizada e entendida como o termo à vida mediante requisição expressa, permitem-se as chamadas diretivas antecipadas de vontade para as situações de inconsciência. No entanto, a lei determina que essas diretivas devem ser confirmadas a cada cinco anos (como se verá detalhadamente adiante).

Essas noções, em geral, orbitam ao redor de dois termos: ortotanásia e distanásia. No Brasil, comumente, distinguem-se esses conceitos a partir das previsões trazidas pelas resoluções nº 1.805/2006 e nº 1.995/2012, ambas do Conselho Federal de Medicina (CFM, 2006, 2012). Pela primeira, é possível compreender a ortotanásia como a permissão ao médico para “limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.

A Resolução nº 1.805/2006 ainda prevê a noção dos cuidados paliativos: “O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social

e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar”. Já a Resolução nº 1.995/2012 trata da distanásia como “a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios”, em decorrência do recurso aos “novos recursos tecnológicos”.

Assim, o “senso comum teórico” médico-jurídico que se firmou estabeleceu que há, de uma banda, a distanásia, e da outra, a eutanásia; entre uma e outra, a ortotanásia. A distanásia seria o recurso excessivo aos meios técnicos, desproporcionalmente, sem que tragam eles benefício, prolongando inutilmente a vida da pessoa. A eutanásia, ato que daria início ao evento morte, pela limitação ou suspensão de procedimentos que oferecem suporte necessário à manutenção da vida. A ortotanásia, o recurso aos meios técnicos, proporcionalmente, até que deixassem eles de trazer benefício, sem prolongar inutilmente a vida da pessoa.

Quando se aplicam esses conceitos aos casos concretos, porém, há intensa divergência interpretativa. Isso porque noções como “tratamentos”, “fase terminal”, “enfermidade grave”, “enfermidade incurável”, “medidas desproporcionais”, “prolongamento do sofrimento”, “ausência de benefícios”, têm carga subjetiva elevada e se aplicam numa relação assimétrica havida entre o médico e o paciente. A cessação de oxigênio artificial a uma pessoa pode ser considerada ortotanásia, mas também eutanásia – e suas variantes; a manutenção de tubo nasogástrico de hidratação e nutrição pode ser considerada distanásia ou ortotanásia, a depender do caso.

Se há uma dificuldade intransponível de superar o pluralismo conceitual na seara legislativa – como se viu pelo recolhimento legislativo *supra* –, a literatura jurídica não avança de maneira diversa. O tratamento do tema ora é feito com base no recurso ao argumento de autoridade, de maneira irrefletida, ora é feito a partir de escolhas arbitrárias que são insustentáveis à aplicação nas situações concretas de fim de vida.

No primeiro caso – repetição irrefletida dos conceitos –, é comum se haver divisões genéricas: distanásia é o excesso de tratamento, inútil e negativo; eutanásia é a ação causal da morte, antecipada; e ortotanásia é o “meio do caminho”, nem excesso, nem falta. No segundo caso – escolhas conceituais arbitrárias –, as distinções feitas habitualmente obedecem a critérios teóricos que apenas não se sobrepõem quando aplicados a casos indubitáveis, que os tornam superfluidos.

A grande preocupação não parecia ser, até há pouco tempo, efetivamente os elementos que circundam as decisões terminais, mas sim o enquadramento penal da conduta eutanásica. Posteriormente, apenas, é que as classificações passaram a ter peso maior e a literatura jurídica, de maneira bastante peculiar, começou a se utilizar delas para caracterizar vários atos de antecipação do termo à vida de alguém como “não eutanásicos”.

Rodrigues assume que há “grande distância entre a eutanásia e o homicídio por compaixão. Não se concebe que o homem rude, sem recursos e conhecimentos, possa proporcionar uma morte serena, sem sofrimentos” (1999, p. 52). Ou seja, a eutanásia teria como sujeito ativo especificamente alguém com conhecimentos médicos, sendo, portanto, um crime próprio, não comum.

Por sua vez, a ortotanásia é “prática eutanásica de forma passiva, pois deixa o paciente entregue ao inexorável fim. Há que se levar em consideração que esta forma passiva decorre do processo natural das deficientes condições do paciente frente à incapacidade da ciência médica” (1999, p. 56). Aproxima-se ela, mas não se confunde, com a forma lenitiva de eutanásia, que ocorre nos casos em que o médico apenas controla a dor por medicamentos, deixando de tratar da doença.

Ele discorda, não obstante, dos que dizem que essa prática lenitiva em si não ensinaria a morte, mas o percurso natural da doença, já que a prática que gera a redução do sofrimento torna previsível a morte; não há como amenizar os instantes finais da vida sem encurtá-la. Segundo ele, a eutanásia se divide em apenas duas: ativa ou positiva, a resultante de ação direta de suprimir a vida, e a passiva ou negativa, resultante da supressão de terapêutica inútil, cuja única função é o prolongamento de sofrimentos (RODRIGUES, 1999, p. 65)

O autor ainda estabelece que não seria possível equiparar o tipo penal de auxílio ao suicídio à eutanásia, porque nesta há o requisito do “mal incurável”. Ele não deixa claro, mas parece deixar nas entrelinhas que o suicídio assistido médico seria eutanásia pura, portanto, em nada se equiparando ao tipo penal próprio da assistência ao suicídio (RODRIGUES p. 130). Para ele, o recurso aos cuidados paliativos que leva à aceleração da morte da pessoa não se enquadra na hipótese de ortotanásia. Por isso, é questionável

que o recurso aos cuidados paliativos cujo efeito é a aceleração da morte não signifique eutanásia.

Elida Sá já define eutanásia como “exemplo clássico de homicídio privilegiado cometido por motivo de relevante valor moral”, ou seja, “a eutanásia é modalidade de homicídio, logo, considerada crime” (1999, p. 93). Não parece relevante, inclusive, discutir condutas que sejam distintas, ainda que o resultado final seja o mesmo. A autora simplesmente considera a eutanásia como crime, que seria exemplo clássico de homicídio privilegiado, pelo que seria irrelevante se aprofundar na discussão.

Bizzato, numa compreensão completamente diversa de Elida Sá, afiança que “a eutanásia nada tem a ver com o homicídio privilegiado, devendo constituir-se num capítulo a parte dentro do Código Penal”, pelo que ela “não pode ser confundida com o homicídio ou com a chama Morte Higiênica – a eliminação compulsória dos seres inúteis” (2000, p. 15-17).

Como “as prostitutas, os homossexuais, as mal-amadas e tantas outras categorias, que usam seu corpo da melhor maneira que lhes convém, sem nenhuma reprimenda de ordem legal, também deve ser lícito dispor da sua vida” aquele cuja terminalidade se aproxima. Consequência desse raciocínio é que a “eutanásia não atenta contra a vida pois num corpo mórbido e sem forças, não existe vida” (2000, p. 26).

Ele, por sua vez, já faz algumas distinções relativamente às escolhas terminais: “Se o indivíduo se autodestrói, temos o suicídio, se outro o destrói, temos a eutanásia”. Curiosamente, na mesma página da obra o autor estabelece que a “eutanásia pode ser praticada pelo paciente ou por terceiros. A eutanásia também pode ser uma instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio” (BIZZATO, 2000, p. 27).

De maneira igualmente surpreendente, o autor ainda complementa que “tanto faz dar a medicação para que o paciente a tome em excesso, ou ministra-lhe pessoalmente a medicação para que o doente pereça”. Ou seja, apesar de distinguir o suicídio assistido da eutanásia a partir do sujeito que pratica o ato terminal, ele estabelece que a assistência ao suicídio é também eutanásia, contraditoriamente. A razão é que ele



pretende a inserção de dispositivo na lei penal para descriminalizar todas as condutas eutanásicas (BIZZATO, 2000, p. 28).<sup>34</sup>

A partir dos anos 2000, a literatura jurídica nacional começa a se preocupar mais em não apenas retratar os elementos criminais, mas também as sutilezas das condutas médicas e as diferenças entre variadas situações. À época, relembre-se, Jack Kevorkian enfrentava, nos EUA, a primeira acusação de homicídio de um paciente, tendo, até 1999, se livrado de todas as acusações de assistência ao suicídio.

Uma das obras estrangeiras que teve grande impacto na literatura nacional, por ser estudo mais técnico e aprofundado sobre o tema, foi *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad* do espanhol Miguel Paz. Publicada em 1999, quase todos os autores nacionais a cita textualmente ao longo das obras jurídicas e ela consta da maioria das referências bibliográficas.

Nela, Paz trata extensamente das mudanças que ocorriam no contexto europeu à época, notadamente a viragem havida poucos anos antes nos Países Baixos e as discussões acaloradas vividas pelas Cortes alemãs. O trabalho dele se dedica a minudenciar as distinções entre os institutos que circundam as decisões terminais e a apontar as dificuldades de tratamento da matéria.

A despeito disso, o que permaneceu na literatura nacional foram basicamente as diferenciações feitas. Segundo ele, a eutanásia passiva é a omissão ou a suspensão de tratamentos que contribuem para o prolongamento da vida de um paciente que apresenta deterioração irreversível ou enfermidade incurável em fase terminal. Já a eutanásia ativa se classifica em indireta, que ocorre quando do uso de fármacos para controle de dor com resultado de redução do tempo de vida, sem intenção direta de matar, e em direta, ao contrário, tem como escopo o encurtamento da vida da pessoa. A assistência ao suicídio dependeria de numerosos fatores, incluindo-se, em geral, na eutanásia ativa direta (PAZ, M., 1999, p. 60-167).

---

<sup>34</sup> Nestes termos: “Advogamos que no artigo 121 do Código Penal deveria ser incluído, além do §1º, já existente, um outro parágrafo onde constasse:

Parágrafo 2º “Casos de isenção da pena. É isento de pena o agente que pratica uma ação impedido [sic] por relevante valor social, moral ou de violenta emoção, a pedido da vítima e ou de seus representantes legais, nos casos de eutanásia” (BIZZATO, 2000, p. 28).



Nessa direção, Borges define eutanásia como morte piedosa. Distinguir-se-ia a forma ativa pela ação, sendo ela direta – na concepção de inserção de medicamento eutanásico – ou indireta – a decorrente do duplo efeito de medicamentos para controle de dor. Já a forma passiva se equipararia à omissão de tratamento. Por isso, o suicídio assistido é visto no sentido tradicional, sem haver intervenção médica, pelo que é afastado da discussão. Já a distanásia seria o prolongamento artificial e inútil da morte e a ortotanásia caberia nas situações de desligamento de aparelhos em caso de morte encefálica (2001, p. 285-290).

Veja-se que, a partir dessas premissas, a ortotanásia é limitada ao mero desligamento de aparelhos da pessoa que é considerada medicamente morta. Por isso, o que se extrai da obra é que os cuidados paliativos com duplo efeito se enquadrariam na eutanásia indireta. A assistência ao suicídio, para manter a lógica do autor, deveria ser considerado eutanásia, talvez em sua forma ativa.

Maria de Fátima Freire de Sá, na mesma época, defendendo o chamado “direito de morrer”, assim definiu a eutanásia:

A eutanásia, propriamente dita, é a promoção do óbito. É a conduta, através da ação ou omissão do médico, que emprega, omite, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida. [...] A intenção de realizar a eutanásia pode gerar uma ação, daí tem-se “eutanásia ativa”, ou uma omissão, ou seja, a não-realização de ação que teria indicação terapêutica naquela circunstância – “eutanásia passiva” ou ortotanásia. (2001, p. 67).

Já a “distanásia, por sua vez, se dedica a prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte como grande e último inimigo” (SÁ, M., 2001, p. 68). “Próximo da eutanásia, encontra-se o suicídio assistido. Contudo, não são figuras equivalentes [...]. Tanto na eutanásia quanto no suicídio assistido há que ser observada a vontade do paciente, o seu consentimento. É a morte voluntária” (SÁ, M., 2001, p. 69).

Citando outros autores, e não com suas próprias palavras, a autora ainda distingue a eutanásia em suas formas passiva (omissão de tratamento) e ativa (ato médico causal), e esta última em direta (causada por que encurta a vida da pessoa diretamente) e indireta (duplo efeito dos cuidados paliativos), sem variações relevantes (SÁ, M., 2001, p. 69).

A autora ainda repetirá as mesmas classificações – eutanásia ativa, passiva, direta e indireta – e distinções – suicídio assistido, eutanásia, ortotanásia e distanásia – em suas obras subsequentes e mais recentes (SÁ, M.; PONTES, 2009, p. 47-48; SÁ, M.; MOUREIRA, 2015a, p. 85-89; SÁ, M.; MOUREIRA, 2015b, p. 296-299). Acrescenta, ainda, que a eutanásia é tida no direito penal pátrio como homicídio privilegiado (SÁ, M.; MOUREIRA, 2015b, p. 296).

A ortotanásia se equipara, para Maria de Fátima Freire de Sá, à eutanásia passiva, sem correlação com os cuidados paliativos, ao passo que o duplo efeito dos cuidados paliativos se inseriria na eutanásia ativa indireta. Já o fato de o médico colocar o medicamento letal na boca do paciente ou ele mesmo tomá-lo, distinguiria ambas as condutas em eutanásia ativa direta e assistência ao suicídio, sem que maiores questionamentos sejam feitos.

Röhe, ao contrário, rechaçando inicialmente tais possibilidades, estabelece que a eutanásia pode ser por ação ou por omissão: “a eutanásia ativa/direta, pela provocação direta da morte para atenuar a dor e a eutanásia passiva/indireta, também conhecida por ortotanásia, que vem, a permitir o exercício do direito de se opor ao prolongamento artificial da vida”. Ele equipara o suicídio assistido à eutanásia passiva/indireta. (2004, p. 14).

Porém, aplicar “droga para minimizar os efeitos da doença não é o mesmo que aplicar uma injeção letal”. Por isso, conclui, a CNBB é favorável à ortotanásia e à teoria do duplo efeito. Adverte ele, de qualquer forma, que se deveria “especificar o exato conceito de ortotanásia e quem estaria autorizado a praticá-la” (RÖHE, 2004, p. 15). Não obstante, segundo ele, não haveria direito ao suicídio, não se punindo o suicida porque ele já perdeu seu bem mais precioso (RÖHE, 2004, p. 16). Não esclarece o autor a razão pela qual não se pune o suicida no caso de não consumação.

Contraditoriamente, apesar de ser favorável à ortotanásia, equivalente à eutanásia passiva/indireta, eis que a própria CNBB o aceitaria, ele é contra a assistência ao suicídio, também por ele equiparado à eutanásia passiva/indireta. Ou seja, o autor é contra a eutanásia ativa/direta e contra a eutanásia passiva/indireta, se entendida como suicídio assistido, mas favorável à eutanásia passiva/indireta, se entendida como

ortotanásia. Ao final da obra, de maneira peculiar, defende o “direito de morrer”, apesar de ter rechaçado a eutanásia e o suicídio assistido.

Ascensão, também rechaçando as possibilidades de antecipação do termo de vida, mas de modo distinto, estabelece que não se pode confundir os casos de suspensão de medidas extraordinárias com a eutanásia passiva “porque cria nefasta confusão com a figura da eutanásia, que deve ser reservada para uma forma ativa de provocar a morte” (2009, p. 430). Para o autor, a eutanásia, portanto, é inconfundível com as figuras afins.

A suspensão de medidas extraordinárias, em verdade, se confundiria com a “ortotanásia, termo que não sofre do mesmo defeito” da eutanásia passiva. Isso porque a ortotanásia se contraporía à distanásia, mas não abrangeria nem os cuidados de hidratação e alimentação, nem os cuidados paliativos. Curiosamente, ele é favorável à autonomia para não se submeter a tratamento, ainda que essa recusa seja fatal, desde que consciente, livre e esclarecida (ASCENSÃO, 2009, p. 431)

Contraditoriamente, apesar de recusar que os cuidados paliativos sejam considerados ortotanásia, a aplicação da teoria do duplo efeito não deveria ser rechaçada. Isso porque “tratar corretamente o sofrimento não é *soft* eutanásia”; desde que a intenção seja intrinsecamente positiva de aliviar as dores incontroláveis de outro modo, permitir-se-ia que os medicamentos acabassem tendo como efeito secundário a morte da pessoa (ASCENSÃO, 2009, p. 442). Ou seja, ele nega apenas a eutanásia em sua perspectiva mais simbólica, a clássica imagem do barbitúrico sendo injetado na corrente sanguínea do paciente, da máquina que sustenta a pessoa em estado vegetativo persistente sendo desligada pelo médico.

Guimarães (2011, p. 91), afasta, de plano, o que chama de “eutanásia imprópria” (econômica, eugênica, social etc.), que são as classificações feitas pela literatura jurídica acerca do tema, tratando apenas da “eutanásia própria”. Segundo ele, a eutanásia própria em sentido estrito (ativa), equiparada ao homicídio piedoso, seria “o ato de proporcionar morte sem sofrimento a um doente atingido por afecção incurável que produz dores intoleráveis”.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Segundo ele, seriam os requisitos da eutanásia própria em sentido estrito:

- a. provocação da morte;
- b. ação de terceiro;
- c. ação positiva de terceiro;

Classifica ainda a eutanásia em: a. ativa, quando há ação positiva, ou passiva, quando há omissão; b. direta, quando há intenção de provocar a morte, ou indireta, em razão do duplo efeito dos cuidados paliativos, que se distingue da eutanásia própria por se tratar, neste caso, de “dose letal”, ao passo que nos cuidados paliativos a dose inicialmente não o é; c. voluntária, quando é a própria pessoa que decide, ou involuntária, no sentido de terceiros decidirem e não a própria pessoa (contra a vontade não seria eutanásia); d. a eutanásia voluntária pode ser direta, quando a própria pessoa decide, ou indireta, por meio das diretivas antecipadas de vontade; e. a eutanásia involuntária pode ser moderada, quando não há diretivas antecipadas e o médico decide com base na presunção do que se crê que a pessoa queria, ou propriamente dita, quando não há qualquer indicativo, sendo que o representante legal da pessoa o decide.

Diferentemente de tudo isso, haveria os “atos ortotanásicos”, condutas médicas restritivas de atos fúteis, que levam à distanásia, ou seja, na ortotanásia se deixa a morte já instalada seguir o curso natural, sem intervenções artificiais. É diferente da eutanásia passiva porque esta significa a deliberada suspensão ou omissão de tratamento cujo resultado é a antecipação da morte, ao passo que aquela é a suspensão ou a omissão de tratamento inútil, sem se abreviar o período vital. Ortotanásia não antecipa a morte nem prolonga a vida, segundo ele (GUIMARÃES, 2011, p. 91-141)

Assim, “se a eutanásia posta a ideia de morte antes de seu tempo e a ortotanásia a morte no seu tempo certo, a distanásia indica a noção de morte depois do tempo, após seu prazo naturalmente certo” (GUIMARÃES, 2011, p. 135). Ele assume a postura, consequentemente, que matar é diferente de deixar morrer – tema esse que será revisto adiante – rechaçando todas as condutas que incluem, em maior ou menor escala, a antecipação do termo vital, incluindo os cuidados paliativos de duplo efeito.

Guimarães (2011, p. 169-181) ainda distingue o auxílio ao suicídio em sentido amplo do suicídio assistido com conotação eutanásica. Esse assevera que “pode o

---

d. encurtamento do período natural da vida;

e. motivação: piedade-compaixão;

f. enfermidade incurável;

g. estado de terminalidade do enfermo;

h. profundo sofrimento do enfermo.

Esclarece que o consentimento não é requisito intrínseco da eutanásia, já que pode ser ela levada a cabo sem o consentimento explícito do paciente, como nos casos de pessoas inconscientes, por se levar em conta a vontade dos familiares.

suicídio assistido até mesmo ser considerado uma modalidade da eutanásia”, mas, na sequência, distingue ambos a partir da prática do ato final: se o ato é praticado pela própria pessoa ou se praticado por terceiros (geralmente, segundo ele, em casos de limitação física).

Lopes, Lima e Santoro (2011, p. 59-67) conceituam a eutanásia como “o ato de ceifar-se a vida de outra pessoa acometida por doença incurável, que lhe causa insuportáveis dores e sofrimentos, por piedade e em seu interesse”, esclarecendo que ela, na realidade, “não se restringe apenas aos casos de doentes terminais”. Será passiva se por ato omissivo e ativa se por ato comissivo, sendo que, neste caso, pode ser direta, se “procura-se o encurtamento da vida do paciente por meio de condutas positivas”, ou indireta, se “não se busca a morte do paciente, mas sim aliviar a dor ou o sofrimento”.

Eutanásia passiva não se confundiria com a ortotanásia porque “nesta a causa do evento morte já se iniciou, e por isso a morte é inevitável e iminente”, ao passo que a eutanásia passiva seria “a causadora do resultado morte”. A divergência estaria no “momento do processo mortal. Enquanto na ortotanásia a causa do evento morte já se iniciou, na eutanásia passiva essa omissão é que será a causa do resultado”.

Por outro lado, o suicídio assistido seria o “comportamento em que o próprio indivíduo dá fim à sua vida sem a intervenção direta de terceiro na conduta que o levará à morte, embora essa outra pessoa, por motivos humanitários, venha a participar prestando assistência”. Não se confunde ele com a eutanásia justamente porque “nesta é pessoa diversa quem executará a ação ou omissão que será causa do evento morte”.

Isso tudo se analisa se “a morte for compreendida como um processo natural”. Por isso, a ortotanásia evita “prolongar a vida do paciente e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos adequados para que venha a falecer com dignidade”. A sobreposição de conceitos leva, quando de sua aplicação, a situações de fim de vida, a resultados insustentáveis, concluem Lopes, Lima e Santoro (2011, p. 59-67).

A literatura jurídica – pretérita e presente – não tem consenso mínimo acerca dos conceitos termiais. A confusão é enorme, os conceitos são ora semelhantes, ora completamente diversos; situações idênticas são consideradas inconfundíveis a partir da

pluralidade conceitual que se estabeleceu. Os argumentos que justificam a tomada desta ou daquela posição são dúbios e não se sustentam quando de sua análise detida.<sup>36</sup>

O caráter “natural” da morte da pessoa é inaplicável, em muitos casos, como se viu na parte relativa ao conceito encefálico de morte. Uma pessoa que passe por acidente traumático e venha, na sequência, a ser ligada a suporte vital, vive “artificialmente”, independentemente de morrer, ou não, mais tarde. Se tem o suporte vital artificial retirado pelo médico que visualiza no caso um procedimento inútil de prolongamento da vida da pessoa – distanásia –, é de se questionar, como base nesses conceitos, se houve, no caso, eutanásia passiva, ativa ou ortotanásia.

---

<sup>36</sup> Como as disparidades são bastante numerosas e como frequentemente cada autor estabelece essas classificações de maneira um tanto arbitrária, confusa, contraditória, havendo a criação, ainda, de profusas subclassificações, parece adequado reunir os autores nos pontos de convergência e de divergência. O estabelecimento de um quadro comparativo, ao final, apresenta duplo problema: primeiro, distancia o leitor dessa informação, demasiadamente, fazendo-o perder contato com a crítica e; segundo, exigiria um quadro de dimensões absolutamente incompatíveis com a forma exigida para a tese.

Por isso, optou-se por apresentar, nesta nota de rodapé, o apanhado sobre as similitudes e divergências entre os autores supramencionados, relativamente às decisões de fim de vida. Com isso, evidencia-se, mais uma vez, o pluralismo conceitual tratado de maneira ainda mais clara. Veja-se.

Se boa parte considera o consentimento elemento essencial da eutanásia, alguns não (nesse sentido, GUIMARÃES, 2001, p. 91). Em se tratando do duplo efeito dos cuidados paliativos, então, o dissenso impera. Enquanto alguns concordam que os cuidados paliativos significam ortotanásia (RÖHE, 2004; LOPES; LIMA; SANTORO, 2011), outros discordam (RODRIGUES, 1999; PAZ, M., 1999; BORGES, 2001; SÁ, M., 2001; SÁ, M.; PONTES, 2009; SÁ, M.; MOUREIRA, 2015a, 2015b; ASCENSÃO, 2009; GUIMARÃES, 2011).

Quando se pensa na correlação com a eutanásia, novo dissenso. Enquanto alguns tratam a ortotanásia como sinônima de eutanásia, como Rodrigues, 1999; Sá, M., 2001; Sá, M.; Pontes, 2009; Sá, M.; Moureira, 2015a, 2015b; Röhe, 2004; outros crêem que a ortotanásia e a eutanásia configuram duas situações diferentes e inconfundíveis (ASCENSÃO, 2009; GUIMARÃES, 2011; LOPES; LIMA; SANTORO, 2011; BORGES, 2001; sendo que esta última aponta que ortotanásia só caberia em caso de morte encefálica).

A administração dos cuidados paliativos com duplo efeito significaria eutanásia? Segundo boa parte, sim (PAZ, O., 1999; BORGES, 2001; SÁ, M., 2001; SÁ, M.; PONTES, 2009; SÁ, M.; MOUREIRA, 2015a, 2015b; GUIMARÃES, 2011; RÖHE, 2004; LOPES; LIMA; SANTORO, 2011), mas para outros, não (RODRIGUES, 1999; ASCENSÃO, 2009). Mencione-se que, pelas Resoluções do CFM, admite-se o duplo efeito dos cuidados paliativos, enquadrando-se-os como ortotanásia, e não como eutanásia.

É de se questionar se a eutanásia e o suicídio assistido seriam diferentes entre si. De acordo com uns, sim (BIZZATO, 2000; SÁ, M., 2001; SÁ, M.; PONTES, 2009; SÁ, M.; MOUREIRA, 2015a, 2015b; GUIMARÃES, 2011), mas, para outros, não (BIZZATO, 2000; RODRIGUES, 1999; BORGES, 2001; RÖHE, 2004; LOPES; LIMA; SANTORO, 2011). A distinção, se existente, seria relevantíssima em termos criminais, já que as penas para ambas as situações são significativamente diversas.

Além disso, é muito comum que se distingam os fenômenos terminais a partir de uma noção de “naturalidade” da morte. A partir dessa premissa é que geralmente a eutanásia e a distanásia têm conotação negativa (de adiantamento ou prolongamento “artificial” da morte, respectivamente) e a ortotanásia possui viés positivo (de “morte pelo curso natural”). Alguns concordam que a ortotanásia significa morte “natural” (RÖHE, 2004; ASCENSÃO, 2009; GUIMARÃES, 2011; LOPES; LIMA; SANTORO, 2011), mas outros se opõem a essa perspectiva (RODRIGUES, 1999; BIZZATO, 2000).

Conforme aduzem Lopes, Lima e Santoro (2011), “na ortotanásia a causa do evento morte já se iniciou, na eutanásia passiva essa omissão é que será a causa do resultado”. No caso do acidente, é evidente que o evento morte já se iniciou, mas está suspenso artificialmente. O critério “natural”, aqui, já enfrenta problemas, dado que o natural seria a pessoa falecer, e não ganhar sobrevida, que é artificial. Compreendendo-se a morte como processo natural, todas as condutas omissivas deveriam se considerar naturais, pelo que a distinção “natural” entre eutanásia passiva e ortotanásia perderia o sentido.

A resposta poderia ser diferente caso o tratamento não se tivesse iniciado, e o médico sequer ligasse a pessoa ao suporte vital; a omissão poderia se considerar eutanásia passiva se a omissão fosse “a causa do resultado”, mas não é possível dizer se a pessoa sobreviveria, ou não, caso se tivesse iniciado o suporte vital artificial. Diferente também seria se, ligada ao suporte vital, o médico lhe indicasse o botão para desligá-lo, e a pessoa o apertasse – suicídio assistido – ou o próprio médico o fizesse – eutanásia ativa.

Se o médico fornece ao paciente medicamentos de controle de dor em dose elevada e o paciente se automedica e falece haveria, para muitos, suicídio assistido. Se o médico o administra, haveria eutanásia ativa; mas se ele administra o mesmo medicamento objetivando diminuir a dor da pessoa, sabendo que o resultado é a morte, tratar-se-ia de eutanásia passiva indireta.

O pluralismo conceitual alcança também a jurisprudência. No Brasil, essas questões ainda não alcançaram os tribunais, ao menos não diretamente. Ao se discutir as decisões terminais, o mais próximo que se teve no país foram os casos nos quais havia escusa religiosa para determinados tratamentos. Algumas polêmicas decisões sobre as Testemunhas de Jeová acabaram chegando ao Judiciário, notadamente nos casos em que pais pretendiam impedir transfusões sanguíneas para seus filhos menores, havendo, ou não, risco de vida.

Igualmente, tivemos as polêmicas manifestações do STF a respeito das questões terminais na ADI 3.510/DF acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias. Ambas as polêmicas apenas tangenciaram as decisões de fim de vida, no primeiro caso (Testemunhas de Jeová) porque era morte não desejada ou esperada; no segundo



(embriões), dada a discussão voltada ao início da vida, e não ao fim. Os elementos relevantes dos julgamentos do STJ e do STF a respeito serão vistos adiante, em momento oportuno (a ADI já foi, rapidamente, referida anteriormente).

Duas decisões, porém, voltaram-se ao problema da “morte digna”. Ambas voltadas às duas resoluções do CFM anteriormente mencionadas; ambas atinentes ao desafio do MPF acerca da validade delas e da legitimidade do CFM para “legislar” a respeito do tema. A primeira decisão tratou da Resolução nº 1.805/2006, acerca da ortotanásia, e a segunda versou sobre a Resolução nº 1.995/2012, relativamente às diretivas antecipadas de vontade.

Com a edição da Resolução nº 1.805/2006, o MPF manejou Ação Civil Pública – ACP <sup>37</sup> para derrubá-la. Ao final, a resolução foi mantida pela Justiça Federal, tendo a sentença, nuclearmente, adotado as razões expostas no parecer do MPF. Esse parecer, que se tornou, na prática, a *ratio decidendi* do caso em questão, trata especificamente das distinções pretensamente havidas nas diversas condutas terminais para sustentar a legitimidade do CFM para a edição da resolução e a validade dela.

A decisão entendeu a eutanásia como “a provocação da morte de paciente terminal ou portador de doença incurável, através de ato de terceiro, praticado por sentimento de piedade”. Nesses casos, a doença já estaria instalada, “porém sem estado de degeneração que possa resultar em morte iminente, servindo a eutanásia, para, justamente, abreviar a morte, por sentimento de compaixão”. A eutanásia, apesar de voltada a “paciente terminal”, seria ato praticado apenas se não houvesse “morte iminente da pessoa”, contraditoriamente.

A distanásia, por sua vez, liga-se à percepção comum de utilização de “meios extraordinários” para prolongamento desnecessário da vida “ou o caminho natural da morte”. Mais uma vez, assume-se a postura de morte “natural”, problemática, como já

---

<sup>37</sup> Tratam-se dos autos 0014718-75.2007.4.01.3400, que tramitaram perante a 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal – JF/DF. Segundo o sistema da JF/DF, a ACP não foi objeto de recurso ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF/1, tendo sido a causa arquivada em definitivo em 02/06/2014. Isso porque, contrariamente ao membro do MPF que propôs a ACP, o membro que apresentou as razões finais concordou com a validade da resolução, pelo que o prazo recursal transcorreu *in albis*. Assim, operou-se coisa julgada já em primeiro grau, após a decisão de mérito ocorrida em 06/12/2010. A sentença e a movimentação processual da ação podem ser consultadas diretamente no site do TRF/1 (<https://portal.trf1.jus.br/portaltf1>), que impede, porém, pelas peculiaridades de seu sistema, a menção direta do *link* do julgado ou do último andamento.



visto. Curiosamente, desassocia-se a distanásia ao sofrimento, deixando o julgado claro que a distanásia se liga ao prolongamento, sendo que o sofrimento pode, ou não, ocorrer.

“No meio das duas espécies, figura a ortotanásia, que significa a morte *no tempo certo*, conceito derivado do grego *orthos* (regular, ordinário)”. Poderia se considerar a ortotanásia como “a conduta omissiva do médico, frente a paciente com doença incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável ou em estado clínico irreversível”. Volta-se, novamente, ao critério “natural”, ou seja, o médico deixaria “de intervir no desenvolvimento natural e inevitável da morte”.

Ademais, não se poderia confundir a ortotanásia com a eutanásia passiva, pois “nesta, é a conduta omissiva do médico que determina o processo de morte, uma vez que a sua inevitabilidade ainda não está estabelecida”. O argumento para sustentar a eticidade da ortotanásia é flagrantemente utilitarista, pois seria necessário considerar o “custo-benefício da adoção de procedimentos extraordinários que redundem em intenso sofrimento, em face da impossibilidade de cura ou vida plena”.

Há claro uso do instrumental teórico criminal para distinguir ambas as condutas, justamente para que se possa distinguir a prática, ou não, de um ilícito penal. Menciona-se, na decisão, haver distinção entre eutanásia e ortotanásia a partir da ação ou omissão ter ocorrido já com o “processo de morte instalado”, como se esse processo pudesse ser isolado e congelado como uma fotografia.

É desafiador imaginar a captura desse momento numa situação concreta. Esses conceitos são contraditórios e superpostos. Um médico que prescreve uma dose alta de morfina a um paciente, com baixíssima expectativa de vida, irresponsivo a doses menores, cuja doença já está instalada, pode ter sua conduta enquadrada nas duas hipóteses e em nenhuma. Ortotanásia não é, porque a conduta não é omissiva; eutanásia não é, porque há “morte iminente. Mas é ortotanásia, porque há “processo de morte instalado” e também eutanásia, porque é “provocação da morte de paciente terminal”.

Não é nem mesmo necessário analisar a concretude dos conceitos para ver sua sobreposição e contradição; mesmo no plano teórico – o campo preferencial dos conceitos – eles são insustentáveis. Mencione-se que a decisão sequer entrou na difícil questão apresentada pela teoria do duplo efeito dos cuidados paliativos e nas zonas de

sobreposição e contradição entre os cuidados paliativos e a eutanásia e nas zonas de sobreposição e contradição entre os cuidados paliativos e a ortotanásia.

Já a segunda decisão veio a reboque da edição da Resolução nº 1.995/2012 do mesmo CFM. Mais uma vez, o MPF manejou uma ACP <sup>38</sup> para derrubá-la e, novamente, a Justiça Federal a manteve. Apesar de tratar nuclearmente das diretivas antecipadas de vontade, o julgado não adentrou nas questões relativas à terminalidade, limitando-se a *ratio decidendi* a questões de cunho formal. As razões de cunho material acabaram não sendo muito desenvolvidas, pelo que despicienda análise mais aprofundada.

Doutrina, legislação e jurisprudência, a depender do ordenamento jurídico, tratam do suicídio assistido e da eutanásia sob a mesma tipificação; outros os distinguem de maneira bastante grande. Alguns inserem, na definição, elementos qualificadores, como definições do tipo de sofrimento (insuportável), o tipo da doença (severa, incurável, grave), o estágio dela (terminal, avançado) ou a motivação do sujeito ativo (compaixão, piedade), que tornam sua aplicação bastante complexa (GROENHUIJSEN, 2007, p. 933).

Kerridge, Lowe e McPhee (2005, p. 368) colocam que os defensores do suicídio assistido médico argumentam que ele garante a pacientes terminais que eles possam viver sabendo que podem terminar com suas vidas se e quando quiserem. Como fariam isso pessoalmente, ainda que com auxílio, sua ação representa uma escolha voluntária e informada. Por isso, mesmo os médicos se sentem mais confortáveis com ele do que com a eutanásia.

As artificiais e sobrepostas distinções servem, em alguma medida, como *habeas corpus* de consciência; servem para evitar a condenação no tribunal do júri quando o Ministério Público denuncia alguém; servem para, na discussão pública, se evitar o argumento da mistanásia <sup>39</sup>; servem para afirmar que a conduta tomada tem cunho

<sup>38</sup> Tratam-se dos autos 0001039-86.2013.4.01.3500 que tramitaram perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás – JF/GO. Segundo o sistema da JF/GO, a ACP foi objeto de recurso ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF/1, em 11/07/2014. Aqui, contrariamente à outra ACP, o MPF recorreu e o recurso foi admitido e subiu ao Tribunal. No entanto, desde então, ele permanece com o Relator, Desembargador Jirair Aram Meguerian, sem qualquer movimentação desde 29/08/2014, data na qual foi recebido no gabinete. A sentença e a movimentação processual da ação podem ser consultadas diretamente no site do TRF/1 (<https://portal.trf1.jus.br/portaltf1>), que impede, porém, pelas peculiaridades de seu sistema, a menção direta do *link* do julgado ou do último andamento.

<sup>39</sup> A mistanásia, ou “eutanásia social”, é comumente ligada ao nazismo e às práticas de “higiene social” de Hitler. Acaba-se ligando a eugenia e a eutanásia ao extermínio do III Reich germânico, ainda que aquelas duas noções não se confundam com o Holocausto, mas tenham sido (inapropriadamente) absorvidas por ele. Adiante, ao se tratar do “efeito dominó”, o tema é discutido com mais profundidade.

positivo e ligada à “morte com dignidade”; servem para se desvencilhar do comum viés negativo da eutanásia e do suicídio assistido. Porém, apenas esmaecem a discussão sobre os limites e possibilidades das decisões de fim de vida.

O pluralismo conceitual encontra espaços de sobreposição que impedem análise adequada do fenômeno morte e das condutas de fim de vida. Sobreposições essas que geram distinções abissais de solução. A dosimetria das sanções do Código Penal brasileiro para o homicídio qualificado e a assistência ao suicídio são flagrantemente diferentes; caso do ato a pessoa não morra, a pena para a tentativa de homicídio é de, no mínimo, dois anos (arts. 121 e 14, parágrafo único, do Código Penal), ao passo que o auxílio ao suicídio, em caso de inexistência de lesão corporal de natureza grave, não é apenado.

Boa parte da legislação, literatura e jurisprudência pacificaram o entendimento de que há um direito a tratamentos médicos (inseridos no contexto do direito à saúde) e um dever de se evitar a obstinação terapêutica fútil e danosa. Não obstante, o prolongamento da vida se tornou um objetivo médico, pelo que se tornou frequente a recusa de interromper cuidados que mantêm artificialmente a vida de uma pessoa; permite-se a um “quase morto” sobreviver por tempo indeterminado (ARIÈS, 2014, p. 789).

Já o direito a recusar tratamentos médicos, de outra banda, não é tão pacificado assim, especialmente em relação aos limites e possibilidades dessa recusa. A morte precisa de um “acordo” entre médicos, familiares e o próprio moribundo para ser “permitida” no disciplinar ambiente hospitalar. Parte do problema reside justamente nas tentativas de conceituar, sem contradições ou sobreposições, o “inconceituável”.

As normas jurídicas ainda tratam das decisões de fim de vida a partir de conceitos que tratam da morte como um ato, não como um processo, seja quando se deixa ao arbítrio da lei, seja quando se deixa ao arbítrio da tecnociência, como ocorre no Brasil. Na literatura jurídica e na jurisprudência, mesmo os que afirmam necessário

---

De antemão, porém, é necessário deixar claro que a mistanásia, ou eutanásia social, não pode ser compreendida, de maneira alguma, como relacionada às decisões de fim de vida. São, portanto, irrelevantes e desnecessárias as classificações feitas pela literatura jurídica acerca dela (eugênica, criminal, econômica, experimental, solidária etc.). Isso porque a “eutanásia social”, eugênica ou hitlerista, eutanásia não é, mas meramente um crime comum contra a vida ou genocídio, dentro ou fora de um contexto de crimes de guerra ou contra a humanidade.

compreender esses fenômenos como um processo, não o fazem, ligando os conceitos terminais a eventos específicos. Não raro, normas, literatura e decisões judiciais ainda tratam do tema a partir de uma perspectiva pretensamente “natural”, de maneira flagrantemente contraditória.

Não há como se fixar, sem contradição bastante evidente, conceitos de eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia, distanásia etc., pela própria natureza das ciências médicas, cujas alterações são recorrentes. O corpo humano, igualmente, em sua singularidade e diferenças gritantes, não permite que se fixem noções herméticas sobre a terminalidade da vida, sobretudo se se pensa esses fenômenos a partir de uma perspectiva tipicamente criminal de naturalidade, causalidade e intencionalidade.

Essas tentativas apenas evidenciam como é impossível tratar das situações de fim de vida como atos; são processos que se assemelham na divergência, impedindo a construção de conceitos quando da análise das decisões da pessoa. Obviamente que há elementos mais ou menos distintivos, mas o pluralismo conceitual que circunda os temas torna inexecutável a tarefa de proteger a pessoa tanto em relação aos excessos quanto em relação à falta de tratamentos médicos adequados.

O uso do recurso conceitual, portanto, deve ser desprezado em prol da assunção da análise tipológica, que afasta o paralogismo conceitual gerador de tantas discussões laterais e inócuas e, ao mesmo tempo, permite sinceridade quando do exame das situações de fim de vida. Não que os conceitos sejam *de per se* descartáveis e absolutamente desnecessários, mas não são eles a panaceia; servem de guia, mas não de fim, em se tratando das decisões de fim de vida.

Por isso, não é incomum que, nos mais variados ordenamentos jurídicos, chegue-se a *hard cases* que despertam bastante comoção pública. Casos como o de Vincent Humbert,<sup>40</sup> na França, cuja mãe resolveu fazer justiça privada, ou de Jack

---

<sup>40</sup> O rapaz, de 18 anos, era um bombeiro voluntário que sofreu um acidente automobilístico grave. O acidente fez com que quase todo o seu corpo ficasse paralisado e a maioria de seus órgãos vitais ficasse seriamente comprometida. Ainda assim, Vincent não morre e consegue, com dificuldade, ainda ouvir, manter parte de sua habilidade de raciocínio e mover um dos polegares.

Vincent aprende a indicar, a partir de um alfabeto, orações. O primeiro pedido dele é para morrer. O hospital nega qualquer procedimento, em vista da limitação legal. Vincent, então, escreve uma carta ao Presidente Jacques Chirac, pedindo para morrer de uma maneira digna. Chirac diz que a legislação francesa não permite a eutanásia, apesar de compreender o desejo do jovem.

Sua mãe, então, resolve fazer justiça com as próprias mãos e, em 24 de setembro de 2003, administra uma dose alta de indutores de sono diretamente na corrente sanguínea do filho. Ele, porém, contra todas

Kevorkian, nos EUA, que após inúmeras absolvições em processos de assistência ao suicídio desafiou a Justiça a condená-lo por praticar a “boa morte”. São casos em que a dividida opinião pública, por vezes, apesar de condenar determinadas práticas, manifesta solidariedade em atos de desespero daqueles que agem de “boa-fé” e no “interesse da vítima”.

### 1.3 Teoria do duplo efeito dos cuidados paliativos

Frequentemente se diz que há uma diferença moral entre a eutanásia ativa e a passiva, porque seria moralmente aceitável deixar um paciente morrer, mas nunca seria moralmente aceitável interceder e intencionalmente matar um paciente. Há, claramente, uma enorme diferença entre matar uma pessoa saudável sem seu consentimento e deixar de fazer a reanimação cardiorrespiratória em um portador de carcinoma metastático cujo coração parou. Mas nem sempre é assim tão fácil distinguir as coisas (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 369).

Provavelmente haverá controvérsia em relação ao ato do médico de desligar o respirador artificial de um paciente inconsciente que não deixou diretiva antecipada alguma; é de se questionar se se trata de eutanásia passiva, eutanásia ativa direta, eutanásia ativa indireta ou mesmo ortotanásia. Necessário, agora, se arrostar o problema dos cuidados paliativos analisados à luz da teoria do duplo efeito.

Já se viu como a administração de fármacos a pacientes terminais pode ser enquadrada em diversas classificações, a depender do ordenamento jurídico em questão e das numerosas classificações adotadas por diferentes julgados e autores. A questão central é, indubitavelmente, esclarecer se ministrar a um paciente uma dose elevada de morfina, dada a ausência de resposta a doses menores, que sabidamente pode ser fatal, pode ser considerada eutanásia ou é apenas a consequência inescapável do alívio da dor, ortotanásia, assim.

---

as expectativas, sobrevive, mas fica em coma profundo. Posteriormente, as cortes francesas afastam a punição à mãe pela tentativa de homicídio do próprio filho.

Os médicos resolvem continuar o tratamento de Vincent, mas poucos dias depois, recuam, retirando o suporte intravenoso e o suporte de oxigênio. Vincent morre. Na sequência, o governo cria uma Comissão para analisar o caso e, pouco tempo depois, uma lei é criada (GROENHUIJSEN, 2007, p. 926).

Para tentar resolver esse dilema, procura-se distinguir essa situação a partir do elemento intencional do médico, numa apropriação visível das noções criminais. Isso porque, partindo-se da premissa que a eutanásia é tipo que atrai a aplicação da lei penal, é necessário analisar a conduta e a intencionalidade do agente, elementos centrais na aplicação da lei penal. Viu-se como isso gera numerosos inconvenientes, eis que as zonas de sobreposição e contradição entre os conceitos terminais são intransponíveis.

A perspectiva comum é que, se a intenção é matar, logo, o ato é odiosamente imoral, mas se a intenção é aliviar o sofrimento e permitir que o processo de morte ocorra “naturalmente”, o ato é moralmente aceitável. Partindo da premissa de que o médico, que tem domínio técnico sobre os cuidados paliativos, sabe que determinada dose do medicamento é letal, é difícil imaginar que qualquer neófito no direito penal não identificará aí, de maneira bastante elementar, um homicídio com dolo eventual ou, no mínimo, com culpa consciente.

Defende-se que o desenvolvimento dos cuidados paliativos é o grande triunfo da medicina nas últimas décadas, não apenas cientificamente, mas também ética e socialmente. Isso porque, ao considerar a morte como um processo, a medicina evita mirar seu enfrentamento ou seu adiamento indefinido. Eles controlam a dor física de modo a levar seus sintomas a níveis aceitáveis, integrando-se na cura do sofrimento e das dificuldades sociais e psicológicas do doente. Servem, ulteriormente, como ajuda integral até a morte (COLOMBO, 2010, p. 24).

Ainda que seja muito comum vincular os cuidados paliativos à noção de morte “natural”, há equívoco conceitual nessa perspectiva, como já visto. Trata-se, em realidade, de compreender a morte como um processo e de encará-la sob um ângulo de rechaço ao intervencionismo médico desmesurado. Igualmente, os cuidados paliativos são habitualmente vinculados à noção de ortotanásia, de modo a se afastar a prescrição de fármacos potencialmente letais do negativo viés da eutanásia.

A percepção comum é de que os cuidados paliativos não são significativos em matéria terminal, mas apenas protelam o inevitável, ou seja, significam apenas postergação da morte iminente. Não à toa, quando se fala no “direito de morrer”, é comum que a discussão seja monopolizada pela eutanásia (e, às vezes, também pelo suicídio assistido médico), sem que os cuidados paliativos sejam trazidos à discussão.

Eles, porém, constituem discussão que precede a discussão sobre a eutanásia, o suicídio assistido ou a ortotanásia. Não é possível pensar nestes, num determinado contexto jurídico, sem que os cuidados paliativos estejam devidamente assentados e praticados. As decisões de fim de vida devem reconhecer, antes do reconhecimento das possibilidades de eutanásia ou suicídio assistido, os cuidados paliativos como um verdadeiro direito.

Os cuidados paliativos,<sup>41</sup> numa linguagem corrente, significam apenas remédios dados na falta de terapias eficazes ao doente. Isso ocorre principalmente porque há desconhecimento geral – e especialmente dos doentes – acerca da função deles, que, em verdade, é permitir que a pessoa tenha uma boa qualidade de vida na vida que resta. A eutanásia e o suicídio assistido, se pensados em conjunto com os cuidados paliativos, extraordinariamente perdem sua força (COLOMBO, 2010, p. 24).

Não que os cuidados paliativos tenham o condão de esvaziar decisões de fim de vida que poderiam fazer apelo à eutanásia; sua função não é “antieutanásica”. No entanto, nos ordenamentos jurídicos em que a eutanásia é permitida, as mortes por ela causadas são estatisticamente muito inferiores às que ocorrem na sequência de tratamentos paliativos; nos ordenamentos jurídicos em que a eutanásia é proibida, mas os cuidados paliativos são efetivados de maneira satisfatória, os casos concretos que envolvem apelo à eutanásia são mais escassos.

O desenvolvimento dos cuidados paliativos ainda é incipiente. Visualiza-se maior desenvolvimento nos países que reconheceram, de modo amplo, o direito a decidir sobre o fim de vida – com a permissão às práticas da eutanásia e/ou do suicídio assistido –, como Holanda, Bélgica, Suíça e alguns estados norte-americanos. Igualmente, têm desenvolvimento maior nos países que, após intenso debate público, acabaram reconhecendo espaço decisório terminal de maneira restrita – sem a permissão daquelas práticas, mas com maior ou menor aceitação de práticas que envolvem a ortotanásia, os cuidados paliativos e a eutanásia passiva –, como França, Israel e outros tantos estados estadunidenses.

---

<sup>41</sup> O termo “cuidados paliativos” pode ser compreendido de maneira plurívoca, tendo-se em conta que o termo “cuidado” tem, especialmente na enfermagem, sentido técnico próprio. Não se pretende utilizar sua noção a partir da equivocidade possível, mas a partir da noção comum aplicada pela ciência médica paliativista.



Na aprovação da lei israelense sobre o tema, a comissão responsável pelo texto adicionou uma série de recomendações ao Parlamento. Elas compreendiam a promoção dos cuidados paliativos, seu reconhecimento como especialidade médica, criação de disciplinas específicas nas faculdades de medicina, criação e certificação da especialização do médico paliativista, criação e expansão de *hospices*<sup>42</sup> residenciais e a domicílio, sensibilização dos profissionais da saúde sobre a necessidade e importância do controle da dor (COLOMBO, 2010, p. 28).

Os cuidados paliativos, em si, não se conectam com a questão da terminalidade da vida, já que significam, a rigor, a manutenção da vida, com término, redução ou alívio da dor, sofrimento e medo. Definidos desse modo bastante estrito, os cuidados paliativos significam melhorar a qualidade de vida do paciente, sem conexão com a eventual morte dele (GROENHUIJSEN, 2007, p. 938).

No entanto, na prática, há uma zona cinzenta bastante grande em se tratando de cuidados paliativos, eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido. Isso porque, tomando-se a equívoca definição tradicional de eutanásia e suicídio assistido, esses procedimentos significam a redução do tempo de vida de uma pessoa, por ato do médico ou por ato do próprio paciente, mediante auxílio médico. Em outras palavras, se fosse possível conhecer de antemão o exato momento da morte de alguém, a eutanásia ou o suicídio assistido fariam com que a pessoa morresse antes do tempo.

E precisamente quando se assume essa qualificação de “natural” começa o problema. Muitos ordenamentos jurídicos estabelecem a possibilidade de retirada de suportes de vida artificiais que prolongam o fluir natural do tempo de vida de alguém. A distinção entre a eutanásia passiva e a ortotanásia estaria na causa da morte; “natural” na ortotanásia e “artificial” na eutanásia passiva.

---

<sup>42</sup> Talvez a ausência de um termo próprio em português seja sintomática. Um termo mais técnico e moderno vem sendo utilizado, a Unidade de Cuidados Paliativos, ainda que os *termos Santa Casa de Misericórdia e Beneficência*, já de largo uso em língua portuguesa igualmente se encaixem nessa noção. As Santas Casas, inclusive, datam do séc. XV, pela assunção do Compromisso da Misericórdia de Lisboa, documento surgido por indicação da Rainha D. Leonor, aprovado pelo Rei D. Manuel I e confirmado pelo Papa Alexandre VI, alguns séculos depois dos primeiros *Hospices*, surgidos no séc. XI. Não obstante, esses dois últimos termos (Santa Casa de Misericórdia e Beneficência) são mais amplos do que o termo *Hospice*, bem mais restrito. Isso porque os *hospices* atualmente encontram eco num movimento mais recente da década de 1950 na Inglaterra e são intimamente ligados aos doentes que sofrem terminal, intensa e cronicamente.



Essa distinção claramente parte da premissa de que a morte possui um fluxo natural que pode ser visto inequivocamente e que é possível estabelecer sem equívocos, também, a causa da morte da pessoa, nessas situações. No entanto, repise-se que, sob essa luz, qualquer morte que ocorra após a inserção de suporte artificial será “natural”, ou “artificial”, se se considerar que o suporte vital passou a ser a manutenção “natural” dessa vida.

Em uma ou outra situação, a contradição é evidente. A partir da noção encefálica de morte sequer é possível falar nessas categorias se a pessoa em questão for já considerada morta para fins médico-jurídicos. É de se notar, inclusive, a inaplicabilidade dos conceitos em se tratando da retirada de um órgão vital para transplante, já que apesar da causa eficiente da morte ser, evidentemente, a retirada do órgão, o médico que o realiza não pratica eutanásia (por antecipar voluntariamente a morte), distanásia (por manter extraordinariamente a pessoa viva) ou homicídio (no sentido tradicional). A miríade conceitual, novamente, esbarra na concreção da realidade.

Tratando-se dos cuidados paliativos, esses, a rigor, são tidos como meros coadjuvantes desse processo. Nem sempre, contudo, eles significam apenas a melhoria na qualidade de vida do paciente, sem conexão com a eventual morte dele. Por vezes, os cuidados paliativos têm o condão de, juntamente com a melhoria na qualidade de vida do paciente, pela drástica redução de dor, por exemplo, reduzir seu tempo de vida.

É o teste da chamada “teoria do duplo efeito” que se aplica aos tratamentos paliativos. Vale dizer, o tratamento efetivamente melhora a qualidade de vida do paciente, seja reduzindo a dor, seja reduzindo o medo ou a ansiedade, mas tem por efeito colateral reduzir seu tempo de vida (GROENHUIJSEN, 2007, p. 938), inevitavelmente, como consequência da administração do fármaco.

Esse efeito duplo foi discutido primeiramente por Tomás de Aquino, já no séc. XIII. Em suas reflexões sobre o bem e o mal, Aquino analisou algumas condições, as quais julgava moralmente exigíveis, que permitiriam a causação ou permissão de um mal para que um bem fosse atingido. Para tanto, ele distinguiu a causação intencional de um mal e a previsão de um mal como consequência daquilo que se faz, ainda que não desejado (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 369).

Para o filósofo, o mal seria justificado na busca pelo bem quando quatro condições fossem satisfeitas: (i) a ação deve ser boa em si mesma; (ii) o agente deve pretender apenas o efeito bom, não o mal; (iii) o efeito bom não pode ocorrer a partir do efeito ruim, ou seja, o efeito ruim não pode ser um meio para o efeito bom. Mais importante, ambos os efeitos devem exsurgir imediatamente da mesma ação; (iv) há razão suficiente para permitir o efeito ruim, ou seja, deve haver um balanço positivo entre os efeitos ruins e bons da ação (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 370).

Problemático e didático exemplo da aplicação da teoria está no debate sobre a legislação permissiva da eutanásia no *Northern Territory* australiano relativamente ao uso de “máquinas de morte”. Quando era legal a eutanásia, Phillip Nitschke, controverso médico e ativista local, usou um sistema computadorizado que permitia aos pacientes dar a si próprios uma dose letal de medicamentos para que morressem. Essa máquina seria proibida a partir da teoria do duplo efeito porque, ao usá-la, o paciente estaria usando da morte como um meio para aliviar sua dor, violando uma das condições propostas por Aquino.

Quanto a lei mudou, Nitschke criou um protótipo de uma nova máquina, que resolveria o conflito ético e médico associado à primeira. A máquina ligaria a atividade encefálica da pessoa para que constantes doses de uma mistura de morfina (analgésico) e *Midazolam* (benzodiazepínico sedativo) fossem administradas, sempre que houvesse atividade cerebral, levando a pessoa a um estado de permanente inconsciência.

Alguns dias de terapia levariam a pessoa à morte, pelo aumento das doses necessárias para manter o efeito sedativo. Essa máquina contornaria o problema da teoria do duplo efeito, pois apesar de a morte ser prevista, não era desejada e o objetivo dela era apenas reduzir a dor do paciente. Ela, além de eticamente apropriada, seria também legal. Essa máquina, portanto, exploraria a grande falha existente, mas escamoteada, na teoria do duplo efeito.

Essa teoria não consegue superar o dilema criado ao simplesmente estabelecer que ainda que se possa antecipar a probabilidade de se verificarem tanto efeitos bons quanto ruins, apenas se intenciona obter os bons. O elemento intencional é frequentemente difícil de ser fixado de maneira adequada. As pessoas podem ter variadas e múltiplas intenções e as pesquisas empíricas mostram que não raro o médico

intenciona os dois resultados. A presença ou a ausência da intenção não permite análise adequada das ações que envolvem a analgesia extrema (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 371).

Não se está no campo teórico de, por exemplo, um medicamento que pode, eventualmente, reduzir o tempo de vida de uma pessoa. Esse é um outro problema, resolvido a partir de uma perspectiva sanitária e regulatória. Está-se no campo da certeza (ou melhor, da real e séria probabilidade) de que dado medicamento reduzirá o tempo de vida, inelutavelmente.

O recurso a medicamentos de controle de dor mais severos (e o termo genérico em inglês, *painkiller*, é bastante simbólico) torna-se premente em dados casos. A analgesia é geralmente eficaz, mas apenas durante determinado tempo, se a causa da dor não é controlada. Com o desenvolvimento da moléstia, o fármaco se torna inócuo. Os médicos paliativistas, então, veem-se diante de situações sem solução aparente: ou cessam o tratamento paliativo e deixam de, eventualmente, tratar a causa da moléstia, para que a pessoa morra “naturalmente”, sofrendo atrozmente; ou administram doses maiores e potencialmente letais de analgésicos.

Ele, neste último caso, numa perspectiva abrangente das práticas médicas, está praticando eutanásia ou, no mínimo, suicídio assistido, por administrar drogas que encurtarão o tempo de vida da pessoa, sabidamente. E é precisamente aqui que cada ordenamento jurídico traz diferentes respostas a esse problema e aos questionamentos que se fazem a partir da teoria do duplo efeito.

Em alguns países, admite-se essa teoria, de modo que os cuidados paliativos que têm por efeito colateral a aceleração da morte do paciente são aceitos, desde que isso seja verdadeiro e a administração da droga não esconda objetivo eutanásico direto. N'outros, a teoria é refutada, se e quando a consequência da administração do medicamento em questão não reduza substancialmente a vida do paciente. Em outros ordenamentos, a resposta é mais complexa (GROENHUIJSEN, 2007, p. 938).

Colombo (2010, p. 24-26) esclarece que a Lei dos pacientes terminais israelense foi fruto de intensa discussão numa comissão governamental multidisciplinar estabelecida especificamente para esse fim. A Comissão Steinberg, assim intitulada em

homenagem ao nome de seu presidente, Prof. Aharon Steinberg, rabino e neurologista, foi aprovada quase à unanimidade no Knesset, o Parlamento do país.

A lei regula o tratamento a pacientes terminais, assim definidos como aquelas pessoas cuja morte está prevista para os próximos seis meses, mesmo com o tratamento. A lei ainda caracteriza as duas últimas semanas de vida como o estágio final da doença. A limitação a pacientes terminais e a previsão de morte para seis meses é objeto de intensa crítica à lei, dada a ampliação da compreensão de cuidados paliativos feita pela OMS em 2002 – enquanto a lei ainda era discutida –, num alargamento conceitual em relação à perspectiva anterior, de 1990.<sup>43</sup>

Dividem-se os pacientes em cinco grupos: os que desejam morrer sem tratamento algum; os que desejam receber tratamentos convencionais; os que desejam continuar com tratamentos excepcionais, até; os que não expressaram escolha; e os incapazes. A presunção geral é de que a pessoa quer ter a vida prolongada com tratamentos médicos, mas essa presunção é invertida, entendendo-se que ela quer apenas cuidados paliativos, quando sua expectativa de vida é inferior a duas semanas (ou seja, os cuidados paliativos são considerados um direito da pessoa e presumivelmente aceitos, salvo negativa expressa).

A autora esclarece que essa lei foi fruto da interpretação de uma decisão da Suprema Corte de Israel que estabeleceu que a vida e a dignidade não são conferidas em conjunto. A vida seria digna se fossem respeitadas certas circunstâncias, como a ausência de dor, de humilhação e degradação, o recebimento de cuidados médicos

---

<sup>43</sup> Em 1990, o *Expert Committee on Cancer Pain Relief and Active Supportive Care Cancer Pain Relief and Palliative Care* da Organização Mundial da Saúde – OMS, publicou a seguinte definição para os cuidados paliativos: “*Palliative care is the active total care of patients whose disease is not responsive to curative treatment. Control of pain, of other symptoms, and of psychological, social and spiritual problems is paramount. The goal of palliative care is achievement of the best quality of life for patients and their families. Many aspects of palliative care are also applicable earlier in the course of illness in conjunction with therapies such as anticancer treatment*” (WHO, 1990, p. 11).

Em 2002, a mesma OMS ampliou a compreensão, afastando a necessidade de se prover cuidados paliativos apenas em caso de ausência de resposta à cura da doença, ampliando-os para quaisquer casos de doenças potencialmente fatais; igualmente não se os pensa apenas em conjunto com o câncer, mas em relação a quaisquer doenças. Nesse sentido: “*Palliative care is an approach that improves the quality of life of patients and their families facing the problem associated with life-threatening illness, through the prevention and relief of suffering by means of early identification and impeccable assessment and treatment of pain and other problems, physical, psychosocial and spiritual*”. (WHO, 2002)

adequados e eventual assistência especial, se necessário. Daí se passou a inferir que o direito aos cuidados paliativos é inseparável do direito à vida digna.

O exercício do direito aos cuidados paliativos passou a exigir campanhas de sensibilização do público a seu respeito, diretivas precisas aos estabelecimentos médicos, simplificação do aparato burocrático-administrativo e especialmente alocação financeira adequada. Curiosamente, os cuidados paliativos se mostraram economicamente melhores do que as estruturas e tecnologias de suporte vitais, de altos custos de manutenção.

Groenhuijsen (2007, p. 938) frisa que a lei proíbe a prescrição de medicamentos para controle de dor cujo efeito colateral é a morte do paciente, com razoável grau de certeza. Por outro lado, se há um risco razoável, mas não certo, eles são admitidos. A razoabilidade casuisticamente varia de acordo com as circunstâncias do caso, a doença em si e o sofrimento do paciente.

Israel criminaliza a prática da eutanásia ativa, mas não penaliza a passiva; vale lembrar que a eutanásia ativa é conceituada no país como a aceleração da morte por um ato do médico ou do paciente com a assistência do médico (fusão da eutanásia com o suicídio assistido), ao passo que a passiva é a retenção de um tratamento que salvaria a vida do paciente.

De modo a afastar a Lei dos pacientes terminais de uma perspectiva eutanásica, mesmo em seu conceito passivo, ela sequer menciona esse termo (no título original da proposta de lei ele aparecia claramente). Igualmente, num afastamento dessa perspectiva, a Lei, em seu art. 23, exige o cumprimento ao direito aos cuidados paliativos aos pacientes que assim o desejarem, mesmo que eles comportem razoável risco de abreviação da vida da pessoa (COLOMBO, 2010, p. 27).

O direito grego é mais complexo, pois, em regra, os cuidados paliativos configuram eutanásia ativa. No entanto, permite-se a administração dos medicamentos desde que alguns requisitos sejam cumpridos: a. o paciente esteja ciente dos riscos; b. o paciente consente com o tratamento; c. o cuidado paliativo mostra-se conveniente ao estado do paciente; d. sua prescrição mostra-se de acordo com a literatura médica (GROENHUIJSEN, 2007, p. 939).

No estado de *South Australia*, o *Consent to Medical Treatment and Palliative Care Act* de 1995 estabelece que os provedores de saúde, sempre sob administração de um médico, podem administrar tratamentos médicos que tenham a intenção de aliviar a dor ou de reduzir o estresse do paciente, mesmo que o efeito incidental seja antecipar sua morte. Para evitar responsabilização, o tratamento deve ser dado: (i) com o consentimento do paciente ou do representante; (ii) de boa-fé e sem negligência; (iii) de acordo com os *standards* profissionais próprios dos cuidados paliativos (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 383).

Na Croácia, Itália e Japão os cuidados paliativos são admitidos apenas tacitamente. Trata-se da aplicação da teoria do duplo efeito, ou seja, se há o objetivo de encurtar a vida do paciente, a prescrição não é possível, e o ato configura eutanásia. Na Itália, para se evitar a punição por homicídio, é necessário fazer um balanço entre os dois bens jurídicos em conflito: a qualidade de vida de alguém em particular e a vida em abstrato. Em regra, a vida prevalece, mas em determinadas situações, a qualidade de vida se eleva a um patamar mais alto, dadas as circunstâncias do caso (GROENHUIJSEN, 2007, p. 939).

Já se defende, ao lado da recorrente compreensão de que a recusa ou retirada de tratamentos é um direito do paciente, que a teoria do duplo efeito deve ser vista como válida, comparando-se-a a mero “efeito colateral” da analgesia. Mesmo em doses elevadas, justificar-se-ia o recurso aos cuidados paliativos cujo efeito é a redução do tempo de vida da pessoa com base na proporcionalidade da redução do sofrimento em desfavor da obstinação terapêutica (CALIENDO, 2010, p. 45).

A Espanha segue esse mesmo raciocínio. Porém, de modo a reduzir as prováveis discussões sobre a vontade daquele que administra o medicamento em efetivamente praticar a eutanásia ou não e o casuismo extremo italiano em saber qual bem jurídico é mais relevante, o Ministério da Saúde e do Consumo tem uma lista de doenças cujos cuidados paliativos são permitidos. A lista inclui doenças severas, doenças terminais, graves, agônicas e crônicas, deficiências e condições vegetativas (GROENHUIJSEN, 2007, p. 939).

O direito espanhol coloca peso decisivo na intenção do médico. Se a intenção é de causar a eutanásia, escondendo-a sob o manto dos cuidados paliativos, a ação é

ilícita; contrariamente, se a intenção é efetivamente aliviar os efeitos da doença, e o efeito colateral é a morte, a ação é lícita. O mesmo vale para o direito alemão, o que, na prática, leva os médicos germânicos a não administrarem os cuidados paliativos nas situações em que a conduta possa ser interpretada como eutanásica (GROENHUIJSEN, 2007, p. 940).

Na França, a alteração feita no Código de Saúde Pública em 2016 (FRANÇA, 2016) trata especificamente dessas hipóteses de cuidados paliativos cujo efeito colateral é a morte. A Lei não apenas reconhece a teoria do duplo efeito como permite que, a pedido da pessoa, ela seja submetida à sedação profunda cuja consequência é a perda da consciência, até a morte, com a retirada dos demais tratamentos havidos.<sup>44</sup> Ainda que o médico francês não possa, à semelhança de um belga ou neerlandês, administrar barbitúricos ao paciente, pode sedá-lo e retirar todo o suporte vital eventualmente existente.

O caso francês talvez denote com mais precisão a questão tênue envolvendo a teoria do duplo efeito. É de clareza solar que o procedimento francês supracitado pretende antecipar o termo vital da pessoa. Mas ele explora exatamente a fragilidade do argumento que sustenta a teoria do duplo efeito em todos os países de que deixar morrer é diferente de matar. O médico francês não mata a pessoa quando a seda profundamente

---

<sup>44</sup> No original, a redação que foi dada ao Código de Saúde Pública pela Lei de 2016, que, de maneira um tanto enviesada, permite a terminação antecipada da vida da pessoa:

*“Art. 1110-5-2. A la demande du patient d’éviter toute souffrance et de ne pas subir d’obstination déraisonnable, une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu’au décès, associée à une analgésie et à l’arrêt de l’ensemble des traitements de maintien en vie, est mise en œuvre dans les cas suivants.*

*1° Lorsque le patient atteint d’une affection grave et incurable et dont le pronostic vital est engagé à court terme présente une souffrance réfractaire aux traitements;*

*2° Lorsque la décision du patient atteint d’une affection grave et incurable d’arrêter un traitement engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d’entraîner une souffrance insupportable.*

*Lorsque le patient ne peut pas exprimer sa volonté et, au titre du refus de l’obstination déraisonnable mentionnée à l’article L. 1110-5-1, dans le cas où le médecin arrête un traitement de maintien en vie, celui-ci applique une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu’au décès, associée à une analgésie.*

*La sédation profonde et continue associée à une analgésie prévue au présent article est mise en œuvre selon la procédure collégiale définie par voie réglementaire qui permet à l’équipe soignante de vérifier préalablement que les conditions d’application prévues aux alinéas précédents sont remplies.*

*A la demande du patient, la sédation profonde et continue peut être mise en œuvre à son domicile, dans un établissement de santé ou un établissement mentionné au 6° du I de l’article L. 312-1 du code de l’action sociale et des familles.*

*L’ensemble de la procédure suivie est inscrite au dossier médical du patient”.*



e retira seu suporte vital; se o único suporte vital em questão for de nutrição artificial, pode ela demorar dias até falecer.<sup>45</sup>

Não obstante, é evidente qual é o objetivo e a intenção dele ao sedar profundamente e retirar o suporte vital artificial do paciente. A causa da morte, nesse caso, seria justamente a inanição, pelo que se pode afastar o conceito tradicional de eutanásia e suicídio assistido. O ato se recai na perspectiva da ortotanásia, a despeito da óbvia identidade dessa conduta com condutas outras reputadas eutanásicas.

Novamente, a miríade de conceitos cria contradições incontornáveis. A aplicação deles a situações de fim de vida torna impossível afirmar, de maneira segura, se essa conduta é proscrita, ou não, naquele ordenamento jurídico ou em outros. É questionável afirmar que situação semelhante a essa seria tipificada como homicídio num tribunal do júri brasileiro; se o CFM entenderia estar tal conduta médica albergada pela Resolução nº 1.805/2006 ou pela Resolução nº 1.995/2012.

Há, ainda, veementes questionamentos quando se pensa a teoria do duplo efeito juntamente com o elemento que lhe sustenta, qual seja a dor do paciente. Um dos argumentos centrais em defesa da eutanásia, por exemplo, é que o sofrimento da pessoa é tamanho que enseja o termo antecipado de sua vida. Assim, atenta-se não apenas para o componente biológico da vida humana (SÁ, M.; MOUREIRA, 2015a, p. 74).

A dor extrema, assim, teria o condão de tornar a vida indigna, que, de direito, passa a dever. Se os cuidados paliativos são levados a efeitos de maneira realmente adequada, o número de pacientes com dor efetivamente intratável é muito reduzido. A analgesia adequada pode solucionar a vasta maioria desses casos, desde que o médico esteja disposto a usar medicamentos fortes o suficiente, em doses adequadas e no tempo correto, o que inclui aceitar o duplo efeito dos cuidados paliativos (KASS, 2009, p. 344).

---

<sup>45</sup> E, segundo o art. 1110-5-1, esclarece que a nutrição e a hidratação artificiais são consideradas tratamentos que podem ser suspensos a pedido da pessoa, se julgados fúteis e/ou obstinados: “Art. L. 1110-5-1. Les actes mentionnés à l'article L. 1110-5 ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire.  
« La nutrition et l'hydratation artificielles constituent des traitements qui peuvent être arrêtés conformément au premier alinéa du présent article”.



Apesar desses avanços, é de se apontar para um problema no controle da dor cujas origens remontam a dois problemas: o virtual banimento de variados medicamentos derivados de opióides e a dificuldade de acesso a eles, especialmente em países em desenvolvimento. Ambos os problemas se verificam, em maior ou menor escala, em decorrência da famigerada “guerra às drogas” e do consequente preconceito por ela gerado.

Há desconfiança generalizada, tanto de médicos e pacientes quanto da opinião pública e dos agentes do Estado (especialmente daqueles encarregados da segurança pública e do controle de drogas ilícitas) em relação aos opióides. Basta mencionar dois deles, de uso restritíssimo, a heroína e a cocaína, e é fácil perceber em quão pantanoso terreno essa discussão pode avançar.

Não sem razão, determinados países possuem legislações na qual simplesmente é impossível importar um opióide sem que se enquadre num tipo penal grave (geralmente associado ao tráfico internacional de drogas). Outros, por sua vez, trazem requerimentos de utilização cuja rigidez torna tão restrito seu uso que eles inexistem na prática. Em quase todos, há, ao menos, controle bastante acentuado do uso desses medicamentos para se conter a dor, restringindo-se-os aos hospitais, para evitar sua dispersão social e uso recreativo.

Os dois maiores efeitos colaterais dos opióides, a insuficiência respiratória e a tolerância (com consequente dependência física e abstinência), não trazem grande implicação como analgesia da dor crônica. Isso porque a dosagem é fixada de modo bastante acurada e frequentemente ajustada. No entanto, os opióides ainda contam com forte resistência ética e ideológica, mesmo em países desenvolvidos, a despeito de sua absoluta eficácia antálgica (PALAZZO; MAIONE, 2010, p. 40).

O uso da heroína, chamada de diamorfina, diacetilmorfina ou cloridrato diamorfina, por sua banda, é bastante limitado. Apesar de ser bem mais potente que a morfina, ela não é utilizada com frequência na analgesia justamente por ser tão potente. A combinação de uso recreativo (abundante na Europa e nos EUA) com os efeitos colaterais agudos faz com que raríssimos países permitam o uso médico.

É igualmente paradoxal ver como esses medicamentos não são administrados em razão de um temor fundado, especialmente, no uso recreativo indevido e desvirtuado.

De outra banda, porém, pode-se comprar um AINE (anti-inflamatório não esteroide) diretamente na farmácia, a maioria deles sequer sem prescrição médica. Esses medicamentos constituem o grupo de fármacos com maior incidência de morte iatrogênica (complicações decorrentes de um tratamento médico) no mundo, mas continuam a ser comercializados em larga escala e com baixíssimo controle em praticamente todos países (PALAZZO; MAIONE, 2010, p. 41).<sup>46</sup>

Paradoxalmente, na medida em que os cuidados paliativos reduzem significativamente os apelos pela antecipação do termo à vida, o duplo efeito, por sua vez, reacende o debate. Não parece possível tratar-se da terminalidade da vida de

---

<sup>46</sup> Battin (2009, p. 282) afirma que a situação dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento é radicalmente diferente. Isso porque nestes a expectativa de vida é significativamente inferior, os sistemas de saúde pública são primitivamente equipados, majoritariamente desfalcados economicamente e em sua maioria ainda não atingiram o quarto estágio da transição epidemiológica.

Em relação ao quarto estágio da transição epidemiológica, Olshansky (1986), numa revisão daquilo que se convencionou chamar de os “três estágios da transição sanitária”, existiriam quatro estágios de transição. No primeiro estágio, chamado de Era da Peste e da Fome, o desenvolvimento social seria baixo, a expectativa de vida giraria em torno de 30 anos, as principais doenças seriam relacionadas a infecções e deficiência nutricional. No segundo estágio, chamado de Era das Pandemias, há desenvolvimento social médio (característico dos países subdesenvolvidos), expectativa de vida média entre 30 e 50 anos, aumento das condições sanitárias, com queda nas infecções, melhoria na dieta, aumento da idade e as doenças características seriam as coronárias (hipertensão, infartos etc. e suas sequelas). No terceiro, a Era das Doenças Criadas pelo Homem, o desenvolvimento social é alto (países em desenvolvimento), a expectativa supera os 50 anos, as infecções são pouco frequentes, aumenta-se a idade e o estilo de vida sedentariza-se (relacionado a um padrão de vida mais alto) e as doenças ligam-se à obesidade e ao tabaco (dislipidemia, infartos na juventude etc.). O quarto e último estágio, a Era das Doenças Degenerativas, o desenvolvimento social é muito alto (países desenvolvidos ocidentais, em regra), a expectativa de vida ultrapassa os 70 anos, há uma redução dos fatores sociais de risco (promoção da “vida saudável” e alto nível de prevenção sanitária), um grande incremento na expectativa de vida, queda do número de doenças ligadas ao estilo de vida moderno (obesidade, tabaco etc.) e sensível aumento de mortalidade de pessoas com idade avançada, pela queda da mortalidade jovem.

No entanto, ao contrário do que se pode concluir, a questão dos tratamentos terminais e das decisões de fim de vida começa a ganhar contornos dramáticos também nos países em desenvolvimento. O Brasil é exemplo disso, dado que a proporção de mortes causadas por doenças infectocontagiosas (ligadas ao baixo desenvolvimento socioeconômico) vem caindo substancial, sucessiva e ininterruptamente nas últimas décadas (BRASIL, 2014a).

Muitos já tratam o Brasil como um dos países que alcançou o quarto estágio de transição, mas há intenso debate no setor sanitário acerca dessa transição ainda estar em curso (SCHRAMM et al., 2004; PRATA, 1992). De maneira geral, os autores parecem convergir para a compreensão de que se alcança tardiamente e de maneira incompleta o quarto estágio no país, ou seja, mantêm-se variados elementos do terceiro estágio, mas há um encaminhamento rápido ao quarto.

Schramm et al. (2004) alertam que há um crescente aumento de doenças neuropsiquiátricas, com reflexos importantes na família, no sistema de saúde e, mais relevante, na qualidade de vida das pessoas. Há aumento considerável da mortalidade ligada ao câncer (sendo traqueia/brônquios/pulmões e estômago os mais frequentes). Ainda a partir desse estudo, a ONU aponta que, em 2025, o Brasil entrará no grupo dos dez países com o maior número de idosos (de 7,6% em 1980 para 14% em 2025), o que significa “tratamento de duração mais longa e recuperação mais lenta e complicada, exigindo também intervenções de elevado custo”.

maneira digna sem que se trate dos cuidados paliativos e da consequente possibilidade real de antecipação do decesso, ainda que de maneira “colateral”.

A teoria do duplo efeito dos cuidados paliativos, portanto, constitui a primeira rachadura dos conceitos binários que determinam haver diferença evidente entre matar e deixar morrer. Ainda que seja defensável se conceituar o ato terminal a partir da intenção do agente, essa distinção é esmaecida pela prática médica e, se aplicada de maneira rígida, viola a dignidade da pessoa em estágio final, excruciada pela dor que não pode ser impedida pelo duplo efeito antálgico.

Os conceitos centrais das situações de fim de vida se esboroam quando postos à prova. A contraprova fática torna-os mera ficção médico-jurídica, voltados a sustentar falsa percepção de que há limites claros para os atos que circundam o moribundo. Esse fracasso se revela ainda mais pungente quando se visualiza as seguidas tentativas de conceituar o “inconceituável”: diferenças claras e inequívocas entre eutanásia – e suas muitas variações – suicídio assistido, ortotanásia, distanásia, o duplo efeito dos cuidados paliativos etc.

Não à toa, é possível observar que aqueles que se opõem às práticas de antecipação do termo à vida, rechaçam o entendimento de que o duplo efeito dos cuidados paliativos possa ser encarado como eutanásia (por todos: ASCENSÃO, 2009, 430-442) ou que ortotanásia possa significar alguma forma de eutanásia passiva (por todos: BORGES, 2001; LOPES; LIMA; SANTORO, 2011). Para outros, a ausência de clareza nas distinções não precisa ser tão veemente, já que as decisões terminais deveriam ser todas proscritas (por todos: SÁ, E., 1999) ou todas livres (por todos: BIZZATO, 2000).

A classificação, nesses casos, serve para se separar arbitrariamente situações correlatas, sem que se apele ao termo negativo da eutanásia. Em outras palavras, defende-se, em grau variado, as decisões terminais, sem que seja necessário apelar ao termo que traz em si carga negativa e é comumente associada a situações que com a eutanásia não têm correlação, como o nazismo, as práticas de limpeza étnica <sup>47</sup> ou a experimentação deturpada com seres humanos.

---

<sup>47</sup> Morin (p. 120-125) critica a reabilitação do judaísmo ocorrida com a criação do Estado de Israel. Segundo ele, se o antissemitismo criou, depois da Segunda Guerra Mundial, um sentimento entre os judeus de Davi vencendo Golias, Israel transformou Davi em Golias e os palestinos em Davi. A Shoah – a singularidade

A pluralidade de conceitos terminais, portanto, serve a propósitos outros que não a proteção da pessoa e nem a dignificação da vida. Serve apenas de escusa para os que querem banir as possibilidades de a pessoa exercer adequadamente as escolhas de fim de vida ou de escusa aos que, apesar de concordarem com as decisões terminais, não querem nomear a posição defendida de “eutanásia”, com as consequentes críticas que ela acarreta.

A evolução da medicina e os constantes progressos biotecnológicos fizeram com que se abandonasse a ideia de pensar a vida humana como mera sobrevivência, incluindo-se também as noções de qualidade e dignidade (SÁ, M., 2001, p. 52). A noção biológica da vida não pode negligenciar a qualidade dela (SÁ, M., 2001, p. 59). É necessário compreender como a vida, a liberdade e a dignidade não se excluem, mas se complementam, de modo que a pessoa possa viver e morrer dignamente, conforme suas escolhas biográficas.

---

absoluta do extermínio judeu pelo nazismo – seria justificativa para as ações repressoras; a perseguição sofrida no passado faria rejeitar a indignação das ações militares persecutórias. O autor reprocha o maniqueísmo que impede crítica à repressão israelense, cria um delírio de antissemitismo em todos os lugares e se aproxima perigosamente da retórica do nacional-socialismo.

O escândalo da contracepção mascarada e mesmo forçada de mulheres judias Beta Israel, etíopes de ascendência negra, incluídos na Lei de Retorno, em 2012, mostram que práticas eugênicas sub-reptícias, assentadas em bases marcadamente racistas, inacreditavelmente ainda persistem (DAWBER, 2013).

## 2 FUNDAMENTOS DAS DECISÕES DE FIM DE VIDA

Nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, ainda fortemente embasados na premissa de segurança jurídica advinda, em larga medida, do positivismo jurídico-científico, há evidente necessidade de emolduração dos conceitos elementares que servem de instrumento de aplicação do direito. Em se tratando de direito penal, inclusive, essa moldura legal é mais hermética, dado que o subsistema trabalha calcado na regra da tipicidade estrita.

O princípio legal *nulla poena sine lege* enclausura os conceitos na lei. Não que os conceitos e sua emolduração, *de per si*, sejam problemáticos, e o direito penal é contraprova de como o enclausuramento de certos sentidos na norma seja necessário e considerado um avanço desde que o *trial by jury* pôs fim aos desmandos do monarca sobre a vida e a morte de seus súditos.

No entanto, no próprio direito penal a emolduração absoluta é impossível. A norma penal em branco, carecedora de concretude completa a partir do dispositivo legal, é exemplo disso; tem norma secundária predefinida, mas norma primária de conteúdo aberto, momentaneamente vago. Necessário é recorrer a outra norma, considerada tecnicamente mais adequada, de maneira geral.<sup>48</sup>

A par das dificuldades existentes na norma penal, existem outras na norma civil. O art. 13 do Código Civil estabelece que, exceto “por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. De outra banda, o art. 15 prevê que ninguém poderá “ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Cada um desses artigos pode gerar percepção de que ora a pessoa tem autonomia para dispor de seu corpo, se isso lhe trouxer risco de vida, ora não tem autonomia, se isso violar sua dignidade física. A combinação irrefletida dos dois gera aparente contradição insolúvel, dada a linguagem porosa e plurívoca que cada um dos

---

<sup>48</sup> Exemplos clássicos são o art. 237 do Código Penal, que remete a contração de matrimônio com violação de impedimento legal ao Código Civil, e o art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que remete o conceito de drogas traficadas à Portaria 344/1998 da ANVISA.

termos pode gerar. Se se permite ou não, resta a dúvida semelhante ao ladrão dos patos de Rui Barbosa.<sup>49</sup>

Na Itália, de maneira semelhante, o art. 32, 2º, da Constituição, expressamente estabelece que “ninguém pode ser obrigado a tratamento médico se não por disposição de lei. A lei não pode em nenhum caso violar os limites impostos ao respeito à pessoa humana” (ITÁLIA, 1947). Segundo Eusebi (2009, p. 217), o “espírito” da norma seria o de que a gestão da saúde da pessoa fosse feita exclusiva entre ela e o médico, afastando-se ingerências nocivas de terceiros.

Questiona-se, entretanto, se os significantes desses dispositivos podem ter também o sentido de que há a necessidade de se exigir consentimento do paciente para os tratamentos médicos que são devidos para a salvaguarda de sua saúde. Igualmente, é de se perguntar se seria extensível a compreensão de que a ausência de consentimento da pessoa significaria que o médico não poderia levar a cabo ou seria obrigado a suspender tratamentos já iniciados, de modo a abrir concessões eutanásicas.

Parece que esse arcabouço normativo não tenha o condão de permitir a administração de substâncias que produzam a morte do paciente, direta e instantaneamente, a partir da interpretação corrente das normas, especialmente as penais. O pluralismo conceitual extensamente tratado anteriormente, contudo, dá ampla margem para que condutas eutanásicas sejam compreendidas como abarcadas nos sentidos possíveis desses dispositivos.

Ainda que esse seja talvez um dos sentidos possíveis, a polêmica acerca da extensão, dos limites e das possibilidades das decisões de fim de vida necessariamente

---

<sup>49</sup> Diz a lenda que Rui Barbosa, ao chegar em casa um certo dia, ouviu um barulho estranho vindo do seu quintal. Chegando lá, constatou haver um ladrão tentando levar seus patos de criação. Aproximou-se vagarosamente do indivíduo e, surpreendendo-o ao tentar pular o muro com seus amados patos, disse-lhe:

“Oh, bucéfalo anácrono! Não o interpelo pelo valor intrínseco dos palmípedes, mas sim pelo ato vil e sorrateiro de profanares o recôndito da minha habitação, levando meus ovíparos à sorrelfa e à socapa. Se fazes isso por necessidade, transijo; mas se é para zombares da minha elevada prosopopeia de cidadão digno e honrado, dar-te-ei com minha bengala fosfórica bem no alto da tua sinagoga, e o farei com tal ímpeto que te reduzirei à quinquagésima potência que o vulgo denomina nada”.

E o ladrão, confuso, diz:

“Dotô, eu levo ou deixo os pato?” (FRAGA, 2015, p. 11). Nesse sentido, os arts. 13 e 15 deixam margem de dúvida e causam dificuldade de aplicação, pelo intérprete, relativamente a seus limites e possibilidades, talqualmente o confuso ladrão de Rui Barbosa.

passam pela discussão de temas maiores no direito. A emolduração conceitual *prêt-à-porter* não se resolve no apelo à norma penal ou civil, no “direito legislado”.

O sustentáculo dos problemas e das soluções advém dos princípios jurídicos mais amplos, que dão – ou pretendem dar – coesão ao ordenamento. Não se pretende certa *worm's-eye view*, dissecação microscópica dos institutos; igualmente, o objetivo não é mero *bird's-eye view*, passagem sobre muitos temas. A pretensão, longe de tentar esgotar noções de teoria geral do direito, é mais comedida, de modo a percorrer a tríade que envolve as decisões de fim de vida.

Evidentemente, há espaço de discricionariedade na eleição dos temas a serem analisados, por questões espaço-temporais. Fundamentalmente, serão examinadas as noções ligadas ao direito à vida, à autonomia e à dignidade da pessoa humana. Formam elas o tripé principiológico necessário para que as decisões de fim de vida possam ser revisitadas sob novas luzes, de modo a evidenciar as contradições que o conceitualismo terminal tenta encobrir.

## 2.1 O fim da vida como direito-fonte

A bioética é o “lugar de encontro” do diálogo entre as diversas visões filosóficas, teológicas, morais, econômicas e políticas da sociedade. A vida não é apenas uma realidade biológica, química e física. Mesmo quem defende inexistir qualquer possibilidade de escolha em relação ao fim de vida não defende a proscrição de ações terminais com base na perspectiva de vida meramente biológica.

São poucos os que desafiam a compreensão de que a vida humana tenha um *je ne sais quoi* que a torna peculiar.<sup>50</sup> Não raro o argumento da sacralidade da vida é

---

<sup>50</sup> Distinguir a vida humana das demais formas de vida, notadamente dos demais mamíferos superiores, é de grande relevância especialmente quando a filosofia ocidental assume o antropocentrismo radical. Nasce aí a necessidade de se dotar os seres humanos de dignidade peculiar, distinta e inequívoca em relação aos demais seres humanos. Com o fortalecimento dos movimentos ecológicos, porém, as bases do antropocentrismo, como, por exemplo, a distinção jurídica entre pessoas e coisas, é bastante combatida. Há a ascensão, no direito, dos direitos dos animais e da vinculação da dignidade humana também a uma dimensão ecológica. Discute-se, então, a distinção entre a dignidade humana – vinculada à ideia original de Giovanni Pico Della Mirandola, na obra “Discurso sobre a dignidade do homem” –, dignidade da pessoa humana – em sua perspectiva mais contemporânea, derivada notadamente da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – e dignidade da vida humana – especialmente ligada às discussões bioéticas envolvendo o aborto, a manipulação genética, as células-tronco etc. (SOUSA, 2011).



arguido na perspectiva de que a vida tem um “mistério” oriundo dos “desígnios divinos” (RESCIGNO, 2010, p. 200). A sacralidade da vida encontra eco em todas as grandes religiões ocidentais e orientais, ainda que sob perspectivas diferentes. Mesmo na mitologia ela fica evidente, como ilustra o Mito, ou a Fábula, de Higino.<sup>51</sup>

O nascimento, a vida e a morte constituem etapas de um processo biológico comum à humanidade.<sup>52</sup> Se a vivência cultural e social se realiza diferentemente, as questões filosóficas que esse processo levanta desde o início da história humana sobre o sentido dessa vivência encontra substância apenas na busca da compreensão dessa diversidade e dos laços tecidos dentro dela. Essa discussão, segundo Byk (1997, p. 915), assume caráter peculiar após o universalismo jurídico aportado pelos direitos humanos,

---

Nada obstante, as discussões neste trabalho não levam em conta esses elementos, já que, como dito, não é comum que se trate do direito à vida, quando se discute o “direito de morrer”, sob a perspectiva meramente biológica. Há controvérsia acerca da disponibilidade da vida e se tal disponibilidade feriria – ou não – apenas a vida daquele que decide dispor dela ou se há uma espécie de “enfraquecimento” do direito à vida em geral.

<sup>51</sup> A Cura passeava próximo a um rio, quando viu um pedaço de barro, despercebido por todos. Ela deu forma ao barro e admirou seu ato. Mas, ainda faltava vida à sua obra. Júpiter apareceu e Cura pediu-lhe que colocasse espírito em sua obra. Ele, então, insuflou, nas narinas da obra de barro, o hálito da vida e ela se tornou viva. No entanto, a obra tornada agora criatura ainda não tinha nome. Logo, criou-se um impasse, pois a Cura queria nomear-lhe, mas Júpiter queria que lhe fosse dado o seu nome.

A deusa Terra, intrometendo-se no assunto, desejava o mesmo, pois fora ela quem dera um pedaço do próprio corpo à criatura. Foi chamado Saturno, o deus do tempo e da abundância, para resolver a divergência e ele, assim, decidiu com justiça: a Júpiter foi prometido o espírito da criatura após sua morte, já que ele lhe tinha dado a vida; à Terra, que lhe forneceu o barro para o corpo, o receberá quando de sua morte; mas já que foi a Cura quem primeiro moldou a criatura, enquanto viva caberá a ela a responsabilidade, o cuidado. Quanto à controvérsia sobre o nome, Saturno a chamou de Homem, porque veio do húmus.

Caliendo (2010, p. 48) menciona que Heidegger, comentando esse texto, diz que é possível dele extrair que o homem é uma composição de corpo e espírito, além de a cura pertencer ao homem por toda sua vida. Com o passar dos séculos, há progressivamente afirmação da medicina e aquisição de valor mais intenso às terapias curativas.

<sup>52</sup> Ariès (2014, p. 540-546) afiança que é a partir das transformações havidas na baixa Idade Média que os homens do Ocidente passam a, efetivamente, temer a morte. A retórica dos médicos, sucedendo o apocalipse dos “homens da Igreja”, torna a morte grave, afasta a familiaridade que ela tinha com o homem medieval, torna-a uma obsessão mais ou menos proibida. De início, o medo da morte ficou confinado ao mesmo lugar do amor, o imaginário dos poetas e artistas, mas esse medo louco transbordou, ao longo dos séculos XVII e XVIII, e foi absorvido pela realidade, pela consciência. A percepção de morte católica assustadora, agonizante, é censurada e substituída pela “doçura narcótica” da morte, apenas excepcionalmente dolorosa.

A morte passa a ser celebrada e passa por uma espetacularização; torna-se a “morte romântica”, *triumphal death*, desejada, mas não mais pelo “nascimento à vida eterna” no qual os cristãos criam. A visita à casa do morto se torna uma visita a um museu, belo, esplendoroso. A morte se tornou sinônima da beleza, mas, contraditoriamente, porque a morte já não é mais a morte, antes uma ilusão da arte. Apesar de aparentemente mais pública, a morte começa a se esconder sob a beleza (ARIÈS, 2014, p. 631-633).

que consagraram direitos subjetivos comuns a todos os homens, tornando-se fonte importantíssima de proteção contra os abusos.

Habermas criou a expressão “sociedade pós-secular” para descrever a característica fundamental das sociedades modernas avançadas de manter a relevância das práticas religiosas para além da esfera meramente individual e subjetiva às quais antecipou-se que seriam gradualmente retraídas. Antecedeu-se que a religiosidade estava fadada a desaparecer com o avanço da modernização, mas a “comunidade de intérpretes” da religião continua a exercer papel influente sobre um grande número de questões (ADINOLFI, 2010, p. 603).

As ciências sociais não são absolutamente avalorativas, especialmente quando tocam temas cruciais para a comunidade. As decisões de fim de vida não são neutras ou objetivas. Mesmo quando se define “cientificamente” o que é alimentação e hidratação forçadas, tratamento médico, cuidados ordinários, estado vegetativo irreversível ou alta probabilidade empírica, há sempre um componente ideológico nessas escolhas (MANCUSO, 2010b, p. 215).

Dois elementos são imprescindíveis para se localizar essas escolhas. O primeiro é certamente o direito penal. Em se tratando de direito à vida, indubitavelmente é a tipificação de condutas, fonte importante de análise. Descarta-se, aqui, nesse primeiro momento, as questões relativas à “qualidade” da vida, ligadas mais aos problemas vinculados à dignidade. Trata-se, na perspectiva criminal, do binômio vida-não vida.

O segundo elemento, mais vinculado ao direito constitucional, remete ao direito à vida como uma espécie de direito-fonte, ou base de direitos, no sentido de que sem vida é irrelevante falar em direitos à pessoa. Igualmente parte de uma perspectiva binária, ou seja, a vida como suporte fático para a incidência do direito, numa analogia ponteana pedestre.

No contexto nacional, o direito penal certamente tem força e peso que não podem ser desconsiderados. Como algumas das decisões terminais são, em tese, proscritas pela norma penal e outras permitidas, necessário compreender como e por que se faz essa distinção. O conceitualismo que envolve as decisões de fim de vida, como já se viu, dificultam bastante uma análise adequada; questões como intenção, meios e agentes são esmaecidas no contexto da terminalidade.

Desnecessário retomar todas essas dificuldades, já tornadas claras anteriormente. Porém, o direito penal talvez escancare de maneira bastante percuciente como as contradições do pluralismo conceitual exigem revisão na condução das questões que envolvem as decisões de fim de vida. Ele revela também como o pluralismo conceitual é artificial e serve apenas para tentar apaziguar as discussões criminais, sem que isso tenha o condão de resolver as demais discussões, que lhe antecedem e são mais relevantes.

O tipo penal do homicídio não levaria em consideração a qualificação da pessoa,<sup>53</sup> dado que a vida humana teria igual valor, a despeito dos elementos específicos de cada ser humano. A vida teria, portanto, valor absoluto, independentemente da expectativa de vida, do estado de saúde ou de sua utilidade perante a sociedade. Igualmente, pouco importa como aquela vida foi perdida, se por uma ação ou por uma omissão; o art. 121 do Código Penal brasileiro é taxativo: matar alguém.

O tipo, nesse caso, não leva em consideração se a conduta é ativa ou omissiva, ou seja, não há diferença elementar entre matar e deixar morrer. Como outrora visto, essa distinção dá azo à discussão, em se tratando de cuidados paliativos, sobre a teoria do duplo efeito, a partir de um critério naturalístico de difícil sustentação. O Caso Quinlan

---

<sup>53</sup> Ou, ao menos, não levava, até a edição de três leis. A Lei nº 10.741/2003 estabeleceu nova redação ao art. 121, §4º do Código Penal, aumentando a pena em um terço no caso de homicídio praticado contra menores de 14 anos e maiores de 60 anos. As Leis nº 13.104/2015 e nº 13.142/2015 criaram duas novas qualificadoras para o tipo do homicídio previsto no art. 121, §2º do mesmo Código, o feminicídio e o homicídio contra agente de segurança pública e seus familiares, respectivamente.

Todas essas alterações sofreram, a rigor, a mesma crítica: a criação de “classes” de pessoas cuja vida têm mais valor que as demais vidas, ainda que a primeira exceção (menores de 14 e maiores de 60 anos) tenha sofrido bem menos crítica que a segunda (feminicídio). A terceira (agente de segurança pública e seus familiares), por sua vez, foi alvo de intensa disputa no Parlamento, especialmente por conta da ação da chamada “bancada da bala” na aprovação do art. 1º, inc. I-A da Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que tornou hediondo o tipo de lesão corporal grave e a lesão corporal seguida de morte cometido contra agente de segurança pública e seus familiares.

Ela merece destaque porque penaliza com mais severidade a lesão corporal praticada contra agente de segurança pública e seus familiares do que o homicídio praticado contra aqueles que não enquadrados como “vítimas preferenciais” (menores de 14 anos, maiores de 60 anos, feminicídio e o próprio homicídio contra agente de segurança pública e seus familiares), numa evidente desproporção.

A discussão criminológica, mais uma vez, é bem mais profunda e merece análise mais acurada, mas que não encontra eco nas discussões do presente trabalho, pelo que é deixada de lado. De qualquer forma, as alterações ocorridas em 2003 e 2015 demonstram que o legislador brasileiro, a despeito da discussão sobre o “direito de morrer” e correlata discussão acerca da “dignidade da vida”, estabeleceu, *de facto*, uma distinção de valor entre as vidas humanas plasmada na diferenciação de penas.

Por variadas razões, mais ou menos defensáveis, priorizou umas em detrimento de outras, ao menos em termos de política criminal, um componente bastante relevante em se tratando do bem jurídico “vida”, que, ao menos teoricamente, é central nas questões criminais.

<sup>54</sup> seria um exemplo providencial, já que o médico que desligou o suporte de respiração artificial não tinha intenção de matá-la, mas apenas de deixar que a natureza seguisse seu curso (KASS, 2009, p. 355-356).

Mas, essa diferença parece forçada e, indubitavelmente, pode levar a juízos problemáticos na análise dos casos. Dizer que o médico de Quinlan não quis matá-la é ignorar que o médico tinha compreensão do significado de retirar o suporte de oxigênio de uma pessoa que não pode respirar por si; significa querer dizer, forçadamente, que ele não teria meios de imaginar a sequência lógica dos eventos e que sua conduta, ainda que indiretamente, seria fatal.

É o mesmo que dizer que o médico que injeta um barbitúrico na corrente sanguínea de um paciente não tem intenção de matá-lo, porque não sabe o que vai acontecer depois da injeção do medicamento. Não obstante, parece absurdo dizer que esse médico não visualizava a morte desse paciente, assim como soa despropositado dizer que o médico de Quinlan não antevia a morte dela com a retirada do respirador artificial. Trata-se de discussão sobre a causação cuja relevância é eminentemente criminal, sem que haja efetiva relevância nas questões de fim de vida.

---

<sup>54</sup> Um dos primeiros casos que iniciaram a discussão sobre o “direito de morrer” foi o de Karen Ann Quinlan, em 1975. Ela aderira havia dois anos a uma dieta radical, ao mesmo tempo em que se tratava de depressão com uso de medicamentos contínuos e controlados. Após uma festa na qual consumiu grande quantidade de álcool, ela entra em estado vegetativo persistente, sem que uma causa única pudesse ser estabelecida para sua parada respiratória que lhe causara dano encefálico irreversível.

Seus pais, então, solicitaram ao médico que desligasse o respirador artificial. Ele negou o pedido com base nas possíveis condenações cíveis e mesmo criminais que poderia sofrer por causa do ato. Os pais de Karen recorrem ao Judiciário e a Suprema Corte de New Jersey julga que, se uma pessoa competente poderia recusar um tratamento vital, esse direito não se perderia caso ela ficasse impossibilitada de fazê-lo. Como os médicos não tinham dúvidas éticas, mas jurídicas, a Corte estabeleceu que o desligamento do suporte de respiração artificial poderia ser feito sempre que um diagnóstico, confirmado por um Comitê de Ética do hospital, estabelecesse que não haveria mais razoável possibilidade de o paciente retornar a um estado cognitivo. Nesse caso, nenhum dos envolvidos poderia sofrer qualquer tipo de sanção, cível ou criminal.

Karen tem o respirador artificial desligado e, surpreendentemente, continuaria a respirar naturalmente ainda por mais nove anos, já que seus pais não solicitaram nem pretendiam remover a sonda nasogástrica de nutrição e hidratação artificiais. Depois de nove anos em casa, sem o respirador artificial, mas ainda com a nutrição e hidratação artificiais, ela falece em decorrência de uma pneumonia.

O debate público do Caso Quinlan encorajou, por consequência, os hospitais a criar Comitês de Ética para resolver disputas semelhantes e evitar o recurso ao Poder Judiciário. O Caso Cruzan é semelhante ao Caso Quinlan, mas diferente dele. O Caso Quinlan, mais antigo (1975-1976), tratou apenas da retirada de suporte vital de respiração, mas não de nutrição e hidratação; o Caso Cruzan, posteriormente (1988-1990), tratou já da retirada destes dois últimos. Ademais, o Caso Quinlan se focou na questão do que se entendia como meios ordinários e extraordinários de manutenção de vida, ao passo que o Caso Cruzan tratou de haver possibilidade, ou não, de terceiros solicitarem a cessação de manutenção de vida, bem como da possibilidade de se exigir que a própria pessoa tivesse feito manifestação a respeito do assunto.

Kass (2009, p. 356) afiança que permanece questionável que se permita que os veterinários antecipem a morte de um animal que sofre, mas, contraditoriamente, se negue esse mesmo direito a um ser humano que está amargando o fim, de maneira desumanizada. Questionável por que se insiste em manter uma pessoa sofrendo ao mesmo tempo em que se deixa um animal partir indolentemente.

Afirma-se que esse essa aparente contradição ocorre porque tal posição encerra um raciocínio desumanizado, mas não desumano.<sup>55</sup> Precisamente porque falta aos animais a característica de humanidade é que se os trata de maneira (meramente) humanizada. Poder-se-ia antecipar a morte dos animais irracionais porque eles sequer têm consciência de sua mortalidade e de sua miséria e não podem viver “humanamente”. A compaixão ao sofrimento e fraqueza deles é uma emoção própria de um humano.<sup>56</sup>

Esse argumento, insustentável, não dá conta nem de se permitir nem de se proibir a antecipação do termo de vida de uma pessoa. A comparação é insubsistente, seja a partir de perspectiva antropocêntrica radical, seja a partir de perspectiva ecocêntrica radical. É irrelevante, nessa seara, discutir semelhanças e diferenças entre seres humanos e não humanos ou a distinção entre tratamento desumano ou tratamento desumanizado.

---

<sup>55</sup> Há aqui uma dificuldade linguística relevante. Isso porque o autor, no original, usa os termos *inhuman* e *inhumane*. Aparentemente, os próprios falantes nativos do inglês têm certa dificuldade em distinguir os dois termos, havendo entre eles uma diferença técnica, mas não corrente. Isso porque ambos se referem à crueldade, insensibilidade, comportamento bárbaro, falta de compaixão pela miséria e sofrimento, algo não humano.

Mas, parece haver uma sutil diferença de grau, sendo que *inhumane* (que se optou por traduzir por desumanizado ou não humanizado) é um adjetivo mais fraco que *inhuman* (que se optou por traduzir por desumano ou não humano). *Inhuman* ou desumano dá uma noção de monstruosidade, de ausência completa de humanidade de um ser, totalizante, ao passo que *inhumane* ou desumanizado traz um componente comportamental, não total, de crueldade, ou seja, algo que é humano, mas não age como tal. Talvez o termo *inhumane* ou desumanizado se assemelhe à indiferença e *inhuman* ou desumano se assemelhe à monstruosidade, por assim dizer. Numa gradação, tem-se *indifference* ou indiferença, passa-se à *inhumane* ou desumanização e chaga-se à *inhuman* ou desumanidade, no mais alto grau de crueldade.

No mesmo sentido, a distinção entre *humanity* ou humanidade (derivado de humano e com o antônimo desumano) e *humaneness* ou humanizado (derivado de humanizado e com o antônimo desumanizado).

<sup>56</sup> Aqui, mais uma vez, é de se questionar essa perspectiva antropocêntrica radical, já que há tempos a ciência demonstra a presença de inteligência e emoção nos animais, em grau variado. Muitos animais conseguem, inclusive, visualizar sua própria morte e, conseqüentemente, sofrer por isso. Não à toa, todo o movimento pela não exploração dos animais e os movimentos para que o abate daqueles que são consumidos seja feito de maneira a causar a menor dor e sofrimento possíveis (SOUSA, 2011). Não obstante, preferiu-se manter o argumento porque ele é muito comum quando se discute a possibilidade de antecipação do termo vital nos animais e a proibição em humanos.

Essas questões, novamente, recaem no mesmo pluralismo conceitual que apenas gera mais contradição. Não se trata de distinguir ou assemelhar a vida em geral e a vida humana, os seres vivos em geral e os seres humanos. Não se está a discutir a antecipação da morte dos animais, mas a possibilidade de uma pessoa poder fazer decisões concernentes ao seu fim de vida.

Desde os tempos antigos, a “arte de morrer” constitui um componente indissociável da “arte de viver”. A morte do ser humano marca o fim da biografia escrita durante a vida, o ponto final existencial. Fala-se na dignidade e inviolabilidade da vida, mas há também dignidade e inviolabilidade da morte (CALIENDO, 2010, p. 53-54). Por isso, necessário retornar ao direito penal e discutir como o direito à vida é visto pela legislação penal nacional.

Eutanásia (homicídio), suicídio assistido médico (induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio), recusa e retirada de tratamentos (omissão de socorro) fariam parte da fauna da legislação penal, ainda que não específica ou diretamente. Cada uma dessas condutas conduziria a uma norma expressa no Código Penal, que as veda, *sic et simpliciter*, num exercício de simples subsunção.

O Juízo com a função penal deve decidir *pro* ou *contra* de maneira muito mais direta e imediata em relação ao juiz com a função não penal ao se pronunciar em relação ao contraste entre os princípios constitucionais (BISOGLI, 2010, p. 249). Suas amarras, aparentemente mais fracas (legislação infraconstitucional), são em realidade muito mais constritoras, em razão do conflito imediato, concreto e direto.

A Lei penal brasileira não é explícita, por exemplo, sobre a eutanásia, vale dizer, não há um tipo penal específico sobre ela. No entanto, considera-se, na esteira da literatura jurídica nacional própria, que a eutanásia se enquadraria na situação de homicídio. Assim, considera-se que cometeu homicídio a pedido, que pode ser enquadrado no tipo do homicídio privilegiado, previsto no art. 121, §1º, do Código Penal,<sup>57</sup> com pena de seis a vinte anos, redutível, a critério do juiz, em um sexto a um terço. Se

---

<sup>57</sup> Vale deixar a redação dos principais dispositivos do Código Penal discutidos adiante para consulta, de modo a aclarar os vários problemas envolvendo a aplicação da norma penal para as decisões de fim de vida (grifos no original):

**Homicídio simples**

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.



a redução for ao máximo, a pena-base passa para de dois a sete anos, aproximadamente, próxima à do auxílio ao suicídio consumado.

No entanto, vale ressaltar que essa redução é feita a critério do juiz e o júri pode simplesmente descartar a hipótese de homicídio privilegiado previsto no §1º e condenar o sujeito ativo pelo homicídio simples, previsto no *caput*, com pena de seis a vinte anos. O sujeito ativo ainda pode ser condenado por homicídio com as qualificadoras de motivo fútil e/ou mediante recurso que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima, nos termos dos incs. II e IV, do §2º, do art. 121, do Código Penal, cuja pena passa para reclusão de doze a trinta anos.

Se não há tipificação explícita acerca da eutanásia, não se pode dizer o mesmo sobre o suicídio. O art. 122 do Código Penal estabelece pena para induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio de reclusão de dois a seis anos, se o suicídio se

---

#### **Caso de diminuição de pena**

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

#### **Homicídio qualificado**

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

#### **Homicídio culposo**

§ 3º Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos.

#### **Aumento de pena**

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

#### **Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio**

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

#### **Aumento de pena**

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.



consoma, e de um a três anos, se da tentativa resulta lesão corporal de natureza grave. A pena pode ainda ser aumentada nos casos em que a vítima tem sua capacidade de resistência reduzida ou quando o crime é egoisticamente motivado. Se do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio resulta apenas lesão corporal diversa da grave, o sujeito ativo do tipo sequer é punido.

A tipificação das condutas que orbitam o suicídio demonstra bem as contradições intrassistemáticas relativas à antecipação ao termo vital. Não se tipifica o suicídio, mas, de outra banda, tipificam-se as condutas de terceiros associadas àquela conduta. Vale-se dizer, a conduta é atípica, e, não obstante sua atipicidade, a assistência a tal conduta atípica é tipificada, curiosamente. Ademais, a tipificação é feita somente nos casos em que, no mínimo, a incolumidade física sofre dano; se do induzimento, instigação ou auxílio não há dano, não se tipifica a conduta auxiliar.

Apesar de o art. 122 do Código Penal estar inserido no Capítulo I do Título I, que trata “dos crimes contra a vida”, as condutas auxiliares do suicídio são tipificadas mesmo quando apenas a incolumidade física sofre dano e não são tipificadas no caso de tentativa. Pune-se a tentativa de homicídio, mas não a tentativa de auxílio ao suicídio; pune-se o homicídio não consumado mesmo que não haja lesão corporal, leve ou grave, mas não se pune a assistência ao suicídio a menos que haja lesão corporal, e grave; pune-se a conduta principal e a acessória no homicídio, mas não se pune a conduta principal, apenas a acessória, no suicídio.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> A assistência ao suicídio não é proibida na Alemanha desde 1742, por consequência de duas premissas. Primeiro, há compreensão de que a pessoa é capaz de exercer controle sobre suas próprias ações e suas escolhas responsáveis devem ser livres. Segundo, como o suicídio não é tipificado, a assistência a conduta não tipificada não pode ser tipificada, pela ausência do tipo principal, por decorrência lógico-sistemática. Por isso, a Deutsche Gesellschaft für Humanes Sterben – DGHS – oferece a seus membros assistência jurídica para a elaboração de diretivas antecipadas de vontade (DGHS, 2015). Apesar de não disponibilizar publicamente informações sobre o suicídio, desde 1993, por razões legais, a DGHS providencia a aquisição de um livro escocês sobre o assunto (*Departing Drugs*) e dá informações sobre as decisões de fim de vida, desde que requisitadas e desde que a pessoa seja membro da associação há pelo menos um ano e não tenha recebido medicamentos ou tratamentos psicoterapêuticos nos últimos três. Indica ainda medicamentos e doses letais, disponíveis na própria Alemanha ou em países vizinhos, além de oferecer aconselhamento a familiares que presenciarão o ato (BATTIN, 2009, p. 276). O direito alemão ainda tem uma peculiaridade linguística que suaviza a assistência ao suicídio nas decisões de fim de vida. Contrariamente à maioria das línguas, como o inglês, o espanhol, o português e o francês, que têm apenas uma palavra básica para o suicídio, o alemão tem quatro: *Selbstmord*, *Selbsttötung*, *Suizid* e *Freitod*. A primeira (auto-homicídio) tem conotação bastante negativa, as outras duas (automorte ou automatança e suicídio, mais semelhante às demais línguas) têm conotação mais neutra, ao passo que a última (morte livre) tem conotação positiva comparativamente às demais, quase heroica (BATTIN, 2009, p. 277).

As contradições não param aí. A pena máxima do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio é, na pior das hipóteses (art. 122, incisos, do Código Penal), igual à pena mínima do homicídio qualificado (art. 121, §2º, incisos, do Código Penal). O bem jurídico é o mesmo – a vida –, mas a forma de se chegar a ele – si mesmo ou outrem – é bem diferente.

O pluralismo conceitual encontra, mais uma vez, problemas em sua aplicação, já que é de se questionar se o médico que retira o suporte vital de um paciente, a pedido dele, comete homicídio privilegiado, qualificado, simples, ou assistência ao suicídio. Se a pessoa não morre, é de se questionar se a conduta é típica, por se enquadrar na tentativa de homicídio, ainda que privilegiado, ou se atípica, por se enquadrar na hipótese de assistência ao suicídio não consumada e sem lesão corporal de natureza grave.

Não só isso, porque em se tratando da morte de uma pessoa que se encontra sob cuidados médicos, é possível ainda aplicar outro dispositivo penal. Se a omissão de tratamento for causada por profissional médico, que resulta de inobservância de norma técnica (o Código de Ética Médica, no caso), e o resultado for a morte, trata-se de homicídio culposo ou doloso, a depender do caso. Nessa situação, a pena é aumentada em um terço, a partir da pena-base do homicídio culposo ou doloso, seja qual for a situação, segundo o art. 121, §4º, do Código Penal.

O fundamento desses dispositivos penais é a proteção do direito à vida, calcado nuclearmente no conceito de morte (que, conforme anteriormente visto, é altamente problemático com a assunção do conceito encefálico). A exceção usualmente levantada à punição de conduta letal é a legítima defesa, desde que cumpridos os requisitos legais. Ou seja, a única situação permitida pelo ordenamento para que uma vida seja tirada é, na perspectiva tradicional, quando o sacrifício para sua não retirada seja a perda da outra vida.

Há, portanto, no esquema conceitual tradicional da norma penal um conflito entre vida e vida. Não se aceitam conflitos outros que não esse. Ainda que a pedido, a retirada

---

Em geral, quando se fala em decisões de fim de vida em alemão, procura-se evitar o primeiro termo, dada a alta negatividade, e se reforça o uso da última, pelo cariz positivo. Nas publicações da DGHS, por exemplo, frequentemente usam-se os termos *Freitod* e *Suizid*, deixando de usar os termos *Selbstmord* e *Selbsttötung*, dado que desconectados das situações de terminalidade da vida. Apesar das pressões, a DGHS é uma organização bastante conhecida na Alemanha e se mostra como uma alternativa possível e legal para uma decisão de fim de vida.

da vida de outrem significa a aplicação da norma penal. Por isso, as discussões que envolvem as decisões terminais, pautadas pela norma penal, não permitem avanço. A seara criminal trata da vida de maneira meramente quantitativa, no binômio vida-não vida, numa perspectiva quase biológica, arrisca-se dizer.

O conceito de morte encefálica, inclusive, é necessário para se evitar que o desligamento de aparelhos ou o transplante de órgãos seja tipificado pela norma penal. A causa da morte daquele que tem um órgão retirado para transplante é precisamente a conduta médica, mas como se considera a pessoa já morta, afasta-se a aplicação da norma jurídica. Assim, ajustam-se essas condutas ao binômio vida-não vida, não se as punindo porque se imputa a morte da pessoa à causa anterior.

As decisões de fim de vida, entretanto, embaralham o binômio penal. Levadas às últimas consequências, todas as condutas que antecipam a morte têm de ser enquadradas nos tipos penais. Mesmo a ortotanásia ou os cuidados paliativos com duplo efeito geram o resultado morte. Não obstante, a esmagadora maioria da literatura jurídica defende ambas as condutas, não as enquadrando nos “crimes contra a vida”. Isso ocorre devido à abertura dada por outro dispositivo da lei penal.

Entende-se que a recusa do médico a seguir a orientação do paciente pode ser considerada constrangimento ilegal, conduta prevista pelo art. 146 do Código Penal como “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”. Nas situações em que o paciente tem a possibilidade de recusar determinado tratamento, mas é obrigado a mantê-lo, contra sua vontade, haveria um dos “crimes contra a liberdade pessoal”.

A norma penal, portanto, protege a vida, mas também a liberdade pessoal, a autonomia. Ao mesmo tempo que se proscreve condutas atentatórias contra a vida, vedam-se condutas atentatórias à liberdade. A resolução do conflito parece singela, já que é resolvida pela consulta ao que seja “não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”.

A controvérsia não é de todo tão simples e é possível, aqui, fazer paralelo com o debate envolvendo as Testemunhas de Jeová. Essa doutrina religiosa testa os limites à recusa a tratamentos médicos vitais, no Brasil e no mundo. A despeito de o art. 146 do

Código Penal parecer ter aplicação bastante simples, muitos questionamentos são feitos a partir dele, craquelando a noção de indisponibilidade da vida e expondo, mais uma vez, as contradições que envolvem as decisões terminais.

Ainda que os meandros envolvendo a autonomia sobre a escolha de tratamentos médicos seja discutida mais adiante, as situações que envolvem risco de vida real a um fiel da supracitada doutrina religiosa <sup>59</sup> demonstram, desde já, como a lógica aparentemente binária do art. 146 do Código Penal é inaplicável. Isso porque a noção trazida por essa norma genérica encontra diversos questionamentos de suma importância quando decisões que efetivamente podem determinar a morte de alguém são feitas.

A Resolução nº 1.021/1980 do CFM (1980), tentando por fim à controvérsia, estabeleceu como parâmetro ético médico que, em havendo recusa “em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar” duas condutas distintas a depender da situação. Primeiro, se “não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis”, mas, ao contrário, se “houver iminente perigo de vida, o médico praticará

---

<sup>59</sup> As Testemunhas de Jeová são uma segmentação cristã fundada no fim do séc. XIX por estudantes da bíblia, cujo maior expoente era Charles Taze Russell, editor da Revista “A Sentinela”, em Pittsburgh, no estado norte-americano da Pensilvânia (WTBATSOP, 2017). Dentre outras controvérsias que envolvem seus adeptos – em especial aqueles ligados à exibição de símbolos patrióticos e alistamento militar compulsório – talvez a mais famosa seja a vedação à utilização de produtos sanguíneos em procedimentos médicos. Contam com aproximadamente 8 milhões de seguidores no mundo, sendo que cerca de 10% deles estão no Brasil, o que faz nosso país ter a terceira maior população no mundo, atrás apenas dos EUA (onde foi fundada a religião) e do vizinho mais ao sul, o México.

Kerridge, Lowe e Mcphee (2005, p. 221) afirmam que desde 1945, a partir de interpretações de passagens bíblicas, seus seguidores recusam tratamentos que envolvam transfusão sanguínea. As descobertas sobre transmissão de doenças virais por transfusão, em especial a Hepatite C e o HIV fizeram com que eles criassem extensa literatura médica sobre os riscos da transfusão e desenvolvessem alternativas para tratamentos. A violação dessa proibição é considerada pecado, pode resultar excomunhão da igreja e perda da oportunidade de alcançar a vida eterna.

Obviamente, estão cientes de que a bíblia não possui respostas claras e diretas para todos os aspectos da medicina moderna. Por isso, eles dividem os produtos sanguíneos em dois grupos, refutando o sangue, células vermelhas, plasma e plaquetas de células brancas ou a utilização autóloga de sangue (estocagem do sangue no início do procedimento e transfusão posterior). Os conflitos surgem quando essas vedações são consideradas uma violação ao melhor interesse da pessoa por membros das equipes médicas, concluem os três supracitados autores.

As Testemunhas de Jeová conseguiram lograr certo êxito no Ocidente em fazer valer sua vontade; estabeleceu-se que não se pode forçar um membro a receber sangue se essa aceitação tem as consequências danosas que ele acredita ter. Curiosamente, uma pesquisa realizada com 242 médicos da Sociedade Europeia de Cuidados Intensivos constatou que 26% deles fariam a transfusão no caso de hemorragia grave e simplesmente não contariam à pessoa (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 222).

a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis”.

Em caso de paciente inconsciente, como o médico sequer tem a possibilidade de saber acerca da convicção religiosa da pessoa, desnecessário adentrar na controvérsia, eis que seria imperiosa a necessidade de tratamento (sem problematizar aqui com a possibilidade de previsão antecipada de diretivas de vontade). No entanto, tornou-se mais frequente, pelo uso do termo de consentimento livre e esclarecido, a determinados médicos, mesmo em casos mais graves, permitir que o paciente exerça seu direito à recusa de tratamento.

O STJ, já em 1998, no RHC 7.785/SP <sup>60</sup> julgou um dos primeiros casos envolvendo a negativa a transfusão sanguínea a uma pessoa por motivo de crença religiosa. No caso, se discutia se um médico, Testemunha de Jeová, que aconselhou os pais de um menor a não receber hemácias, poderia ter a persecução penal afastada de pronto, a despeito do falecimento daquele. Venceu o entendimento de que haveria amparo à continuidade da ação penal, ante a aparente presença de justa causa.

Chama atenção, no voto do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (STJ, 1998), o argumento de que não configura constrangimento ilegal médico, “para salvar a vida do paciente, de perigo iminente, promover a transfusão de sangue, se cientificamente recomendada para esse fim”. Isso porque se considera a vida como bem jurídico “indisponível (o homem não pode dispor da vida)”. Há, no caso, interpretação bastante restrita acerca do art. 146 do Código Penal, de modo a não dar azo a qualquer possibilidade de disponibilidade do direito à vida.

Em 2013, o STJ, no HC 268.459/SP, <sup>61</sup> voltou a julgar exatamente o mesmo caso, agora em grau recursal relativo à apresentação da denúncia pelo Ministério Público, tanto

---

<sup>60</sup> PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA (RHC 7.785/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/1998, DJ 30/11/1998, p. 209).

<sup>61</sup> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. [...] LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais

contra os pais, por homicídio qualificado, quanto contra o médico, por homicídio simples. Depois de julgado o caso, no âmbito do Recurso em Sentido Estrito, foi o feito convertido em diligência para complementação, no primeiro grau de jurisdição, da prova pericial.

A ministra Maria Thereza de Assis Moura, em seu voto (STJ, 2014), apresentou o parecer de Luís Roberto Barroso – posteriormente alçado ao STF –, bem como as discussões havidas nas Cortes da Argentina, Austrália e Inglaterra a respeito. No voto, a Relatora colaciona parte do voto-vencido do Tribunal *a quo*, que dá “prevalência do direito à vida, direito que, não é demais repetir, constitui, à evidência, pressuposto à existência e ao exercício dos demais”. Igualmente, remetendo-se à Resolução nº 1.995/2012 do CFM, sobre as diretivas antecipadas de vontade, esclarece que “em situação de risco iminente de morte, o consentimento do paciente e/ou familiares é prescindível, sobrelevando-se o valor-matriz vida”.

A despeito disso, a partir da tese vencedora, assentou a Corte que haveria atipicidade na conduta dos pais e do médico que os aconselhou quanto à morte do filho em virtude de negativa daqueles à transfusão sanguínea. Isso porque “ausente alternativa que pudesse tempestivamente colocar a vida da filha dos pacientes a salvo, imponderaria aos médicos do hospital, passando por cima de qualquer obstáculo, materializar a intervenção que restasse”. Assim, a vontade dos responsáveis legais, em havendo iminente perigo de vida, seria absolutamente irrelevante, em vista do bem maior a se proteger, a vida.<sup>62</sup>

---

condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepairam sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional [...] (HC 268.459/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 28/10/2014).

<sup>62</sup> Apesar do voto-vencido do Ministro Rogerio Schietti Cruz e de variadas passagens dos demais votos atacando veementemente a conduta dos pais e do médico que os aconselhou, a maioria acabou por



O caso em comento tratou muito mais de um conflito entre liberdade religiosa e indisponibilidade da vida, geralmente não presente nas decisões terminais, mas ele desnuda algumas opções jurisprudenciais. Duas sobressaem. A primeira é de que em caso de risco iminente à vida, a vontade se torna irrelevante. A segunda conclusão é de que o direito à vida é “pressuposto à existência e ao exercício dos demais”, espécie de “receptáculo dos direitos”.

Quanto à primeira questão, relativamente ao conflito entre a indisponibilidade da vida e a autonomia, as discussões serão feitas mais adiante, quando se discorrer especificamente sobre esses temas. De antemão, é possível reconhecer, na jurisprudência e na literatura jurídica, densificação argumentativa e mudança quanto ao simples afastamento da autonomia decisória, como já se viu, em larga medida, nos tópicos anteriores. A aceitação melhor assentada da ortotanásia, em seus caracteres tradicionais, e a tendência à aceitação da teoria do duplo efeito dos cuidados paliativos, ainda que controvertida, é contraprova disso.

Quanto à segunda questão, que trata do direito a vida como “pressuposto à existência e ao exercício dos demais”, essa já não parece ser a perspectiva adotada pela literatura jurídica. A lógica biotutelar, que passaria da preservação transcendente dos corpos ao prolongamento imanente da vida biológica (CUCCINIELLO, 2010, p. 225), é insustentável e já não encontra escora na compreensão contemporânea da vida humana.

Ao se compreender que a vida seria o receptáculo dos demais direitos, o direito à vida se comportaria como direito-síntese ou direito-híbrido, pois, em si, estão contidos o corpo, o respeito à pessoa humana em sua inteireza, à dignidade, à integridade e à liberdade (MANCUSO, 2010a, p. 59-60). Mesmo quem defende haver disponibilidade da vida (RÖHE, 2004, p. 72) recai no equívoco de compreender o direito à vida como o bem “que torna possível a existência dos demais” (RÖHE, 2004, p. 62).

Parte dos votos da mencionada decisão do STJ se pauta nessa perspectiva de que a vida é o bem que “torna possível a existência dos demais” bens ou que o direito à

---

extinguir a ação penal contra eles. As razões foram pautadas, em suma, na perspectiva de que os pais não pretendiam a morte da filha, já que a levaram ao hospital, mas que suas crenças – muitíssimo criticadas, diga-se de passagem – acabaram levando à sucessão de eventos; bem como na perspectiva de que a ação penal (que já durava duas décadas) e a morte da descendente amada era pena suficiente para todos, ensejando o resultado do julgamento.



vida é o “receptáculo” dos demais direitos. A despeito disso, o STF, em decisão anterior ainda à do STJ, parece ter assentado perspectiva diametralmente oposta, em outro julgado que apenas tangencia as questões centrais deste trabalho, mas que serve de base de discussão.

Na ADI 3.510/DF,<sup>63</sup> o STF foi chamado a julgar a Lei nº 11.105/2005, a Lei de Biossegurança, em especial as questões atinentes à possibilidade de pesquisa com fins terapêuticos a partir de células-tronco embrionárias humanas. Esse julgamento, nas palavras do Ministro Celso de Mello, “*que é efetivamente histórico*, eis que nele estamos a discutir o alcance e o sentido da vida e da morte” (STF, 2008, p. 421, grifos no original), apesar de não orbitar em torno da terminalidade da vida, fez numerosos paralelos com ela.

Isso porque a discussão sobre a possibilidade de uso das células-tronco em pesquisas tinha conexão ínsita com se saber a extensão da vida humana. Quando se discute o que é vida, discute-se, indubitavelmente, seu oposto, a morte. Por isso, os votos dos ministros passaram todos pelo paralelo entre o início da vida e seu fim, especialmente no tocante à apreensão e à aplicação das noções de morte encefálica pelo e no direito.

A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto (STF, 2008, p. 206), esclareceu que “a inviolabilidade do direito à vida [...] não pode ser interpretada a partir da ideia de direito absoluto”. Por isso, quando a Constituição reconhece a inviolabilidade do direito à vida, “expressa ela, em todo o seu texto e no contexto traçado em torno dos direitos fundamentais, outros direitos, como o da liberdade e o da saúde, que tornam possível a efetivação daquele primeiro” (STF, 2008, p. 208).

O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto (STF, 2008, p. 329), afiançou que a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados, como se pode extrair das

---

<sup>63</sup> CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO [...](ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043).

normas penais que sancionam o aborto, o infanticídio e o homicídio, em suas variadas situações. Por isso, “segundo nosso ordenamento jurídico o direito à vida e a tutela do direito à vida são dois aspectos de um mesmo direito, o qual, como todo direito fundamental, não é absoluto nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental”.

Vê-se, portanto, que na ADI 3.510/DF, o STF rechaçou veementemente a compreensão de que a vida é um “receptáculo dos demais direitos”. Alguns dos votos deixaram isso bastante claro, em especial os votos de Joaquim Barbosa e de Cármen Lúcia. Respectivamente, se reconheceu que o direito à vida só é possível também quando expressados os direitos à liberdade e à saúde, bem como não se pode conferir ao direito à vida primazia, tornando-o nem absoluto nem hierarquicamente superior aos demais.

Há equívoco em considerar a vida como uma espécie de “direito-fonte”, de modo a justificar um primado absoluto, inviolável e indisponível do direito à vida. Ou seja, considerar que o corpo seria essencial ao ser humano por funcionar como a porta de entrada da dignidade humana, ou que a dignidade implicaria, prioritariamente, o respeito da vida humana, que se exprimiria por intermédio do corpo (EUSEBI, 2009, p. 209) afronta a compreensão que se tem da dignidade da pessoa humana.

Mesmo o paternalismo médico que frequentemente sustenta que a vida é uma espécie de “direito-síntese” já não encontra base sólida em se tratando de decisões de fim de vida. O apelo ao mitológico Juramento de Hipócrates <sup>64</sup> parece de sustentação

---

<sup>64</sup> Segundo a mitologia grega, Perseu mata Medusa e transforma sua cabeça numa arma, petrificando seus inimigos. A deusa Atena retira da Medusa seu sangue, do lado esquerdo, obtendo um poderoso antídoto contra a morte, e do lado direito, obtendo um veneno mortal. Segundo uma versão do mito, Atena dá a Esculápio ou Asclépio ambos os soros; numa outra, apenas o curativo. Ambas as versões são relevantes; a primeira relega certa neutralidade e poder técnico à medicina, ao passo que a segunda mostra a medicina como uma arte benevolente, intrinsecamente ética (KASS, 2009, p. 338).

Junto com o bastão de Asclépio – o bastão envolvido por uma serpente, símbolo da OMS –, o Juramento de Hipócrates, cuja versão adaptada ainda é entoada pelos estudantes de medicina na formatura, é um dos dois maiores símbolos das ciências médicas. A simbologia do bastão, que apresenta uma única serpente, demonstraria que Atena teria dado apenas o elixir curativo a Asclépio, mas não o letal. Hipócrates, por volta do séc. IV a.C., perpetua essa percepção em seu juramento, ao estabelecer uma proibição aos praticantes da medicina à administração do sangue do lado direito da Medusa, peremptoriamente.

O mítico juramento original teria sido escrito pelo próprio Hipócrates ou por um de seus alunos. A versão conhecida mais antiga, de 1771, considerada “original”, estabelece algumas autolimitações importantes para a prática da medicina: o médico não pode cobrar pelo ensino da medicina (mas há uma curiosa limitação ao ensino àqueles que não fizeram o juramento), não pode administrar medicamento letal, não

cada vez mais difícil, já que a redação original é controvertida e o seguimento de suas prescrições distancia-se da realidade hodierna da medicina.

Apesar de a mítica versão original proibir expressamente que o médico dê a um paciente algum medicamento letal, ainda que a pedido, ela também proíbe o médico de realizar uma cirurgia ou de cobrar para ensinar a medicina.<sup>65</sup> Essas duas últimas prescrições, porém, não sobreviveram à prática médica contemporânea (BATTIN, 2009, p. 279). Isso demonstra que o apelo argumentativo ao Juramento parece esvaziado de conteúdo, sendo muito mais retórico do que efetivo em se tratando das questões jurídico-filosóficas claudicantes.

Os médicos neerlandeses não acreditam estar violando o Juramento, ainda que administrem barbitúricos a seus pacientes, desde que a requisição seja sincera e sem

---

pode administrar medicamento abortivo, não pode manter relações sexuais com o paciente ou tentar corromper sua família, não pode realizar cirurgias e deve manter a confidencialidade em sua atuação.

<sup>65</sup> Versões do Juramento, como a da Declaração de Genebra, de 1948 (atualizada em 1983), vêm sendo usadas ao redor do mundo. No Brasil, tanto a versão “original” de 1771 quanto versões posteriores, adaptadas, são usadas pelas faculdades e conselhos de medicina, a critério das instituições. O CREMESP, por exemplo, usa uma versão muito semelhante a original, ao passo que a UFMG traz uma versão bastante mais atualizada e simplificada, que não faz menção alguma a medicamento letal, abortivo, gratuidade de ensino ou vedação a cirurgias, apenas a obrigação geral de não “corromper os costumes e favorecer o crime”.

A versão do CREMESP pode ser encontrada em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Ei-la: “Eu juro, por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue:

Estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes.

Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça”.

A versão da UFMG pode ser encontrada em: [http://www.medicina.ufmg.br/napem/artigos/Cod\\_etica\\_estudante\\_medicina.doc](http://www.medicina.ufmg.br/napem/artigos/Cod_etica_estudante_medicina.doc). Ei-la: “Prometo que ao exercer a arte de curar, mostrar-me-ei sempre fiel aos preceitos da honestidade, da caridade e da ciência. Penetrando no interior dos lares, meus olhos serão cegos, minha língua calará os segredos que me forem revelados, os quais terei como preceito de honra. Nunca me servirei da profissão para corromper os costumes e favorecer o crime. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, goze eu, para sempre, a minha vida e a minha arte de boa reputação entre os homens. Se o infringir ou dele me afastar, suceda-me o contrário”.

vícios e que nada mais possa ser feito para aliviar a condição da pessoa em questão. A esmagadora maioria deles não discute a conveniência de haver a possibilidade de se decidir sobre a própria morte; as discussões centram-se mais em como essas práticas são realizadas (BATTIN, 2009, p. 279).

Varella (2011), por sua vez, apesar de louvar as intenções filosóficas do juramento, acha-o supérfluo. Hipócrates, um homem ao seu tempo, tinha uma visão de responsabilidade social muito limitada da medicina e, ao mesmo tempo, faz com que a ela pareça uma espécie de sacerdócio quase divino. Igualmente, desmerece a merecida retribuição que o profissional precisa ter e põe de lado as dificuldades cotidianas mais simples da profissão.

A vida e a proteção dela não se veem mais isoladas. Nem a literatura jurídica nem a jurisprudência aceitam a compreensão de que o direito à vida seja “direito-síntese” ou “direito-fonte”; igualmente inaplicável a perspectiva de que o direito à vida tenha primazia, seja absoluto ou indisponível relativamente aos demais direitos. Por isso, ganha força a noção de que a vida tem como componente elementar também a tutela da autonomia que a pessoa tem sobre sua biografia.

Alega-se que a manutenção da dignidade no fim de vida pode encontrar melhor aliado na eubiosia <sup>66</sup> ao invés de se apelar à eutanásia, pelo que morrer com dignidade significaria, em verdade, viver com dignidade (MANCUSO, 2010a, p. 65-66). Entretanto, resumir a autonomia da pessoa à vida digna é inconsistente, já que as técnicas de manutenção de vida e os tratamentos mais agressivos alteram significativamente esse paradigma. A vida digna pode ir ao encontro ou de encontro à morte digna e a autonomia sobre o fim da biografia exerce papel fundamental a esse respeito.

---

<sup>66</sup> O termo *eubiosia*, em italiano, foi cunhado por Franco Pannuti, fundador da ANT – *Assistenza Nazionale Tumori* – para significar “boa vida” e se contrapor à *eutanasia*, a “boa morte”. Em português, se teria o termo eubiose em contraponto ao termo eutanásia. No entanto, preferiu-se usar o termo eubiosia ao invés de eubiose para que confusões de contexto fossem evitadas. A eubiose, que seria o termo mais apropriado aqui, tem conotação um tanto diferente no Brasil, pois é neologismo difundido pela Sociedade Brasileira de Eubiose – SBE, fundada por Henrique José da Silva, em 1921, em Minas Gerais. A sociedade trabalha com o ocultismo, a teosofia (conhecimento de deus, que abrange doutrinas místico-esotéricas) e o esoterismo, baseada na eubiose, o “bom modo de viver”.

Assim, eventualmente, se poderia fazer uma conexão equivocada da eubiose assinalada por Mancuso (2010a, p. 65-66), com a eubiose da Sociedade Brasileira de Eubiose, sem que os dois termos tenham aplicabilidade equivalente.

## **2.2 Autonomia, consentimento e disponibilidade de direitos**

A experiência individual da morte é a imagem de uma experiência social ampla que dá tanto sentido quanto valor aos últimos estágios da vida humana. Ela assegura que o falecido ganhe um status especial na sociedade, e quiçá no além-túmulo. Tratar da morte envolve lidar com sua significação humana, isto é, a definição social, cultural e especialmente religiosa endossada individualmente por cada um, de acordo com a experiência individual (LE BRETON, 2013, p. 27).

As sociedades contemporâneas já não dizem mais como morrer, o significado ou os valores envolvidos na morte, tanto para quem morre quanto para quem fica. Generalizando, atualmente o funeral é muito mais um procedimento formal, burocrático, do que um ritual; as pessoas encaram a morte por si próprias. Isso é tanto uma vantagem como uma desvantagem, paradoxalmente. Na ausência de uma resposta coletiva de como lidar com a morte, há a necessidade de o vácuo cultural ser preenchido por novas estratégias individuais, que compreendem maneiras distintas de lidar com o luto: sacralidade, amor, respeito e silêncio, sofrimento, rejeição, culpa; o melhor vem junto com o pior (LE BRETON, 2013, p. 28).

É frequente, hodiernamente, que a morte não seja nem parte de uma esfera pública nem de uma esfera privada, mas certa “terra de ninguém”. É cada vez menos comum morrer em casa ou no hospital rodeado da família. Para sete de dez franceses, a morte é um assunto para especialistas, médicos, membros de ordens religiosas, psicólogos, psiquiatras e tanatologistas, todos indiferentes à singularidade do caso específico (LE BRETON, 2013, p. 28).

A morte não é mais percebida como parte do destino humano, mas, como um acidente inesperado, uma violência externa. Não se morre mais naturalmente, morre-se de algo; algo que a ciência médica tinha de ter curado ou que o Estado deveria ter antecipado. O significado da morte escapa da consciência coletiva e se torna um assunto pessoal, do mesmo modo como hoje se espera que cada um dê o próprio significado à própria existência. A morte se torna uma percepção subjetiva, um evento privado e algo que não é da conta de ninguém mais (LE BRETON, 2013, p. 29).

A morte deixa de ser “natural”, cardiorrespiratória, e se torna técnica, encefálica. A primeira dificuldade daquele que pretende decidir algo sobre o término de sua biografia é precisamente não saber nem mesmo ao certo o que significa o fim. As técnicas e technicalidades médicas atrapalham, eis que não raro os médicos se escudam na miríade de detalhes para levar a cabo a decisão terminal.

O pluralismo conceitual torna essas decisões ainda mais difíceis, porque a pessoa se vê diante de intermináveis discussões sobre os limites e possibilidades. Ao invés de esclarecer e ajudar nessas já tão complexas decisões, o direito dificulta, quando não impede, que a pessoa decida sobre seu próprio destino. A pessoa, sozinha, se vê numa verdadeira guerra para poder morrer sem que seu corpo, suas escolhas e sua dignidade sejam escrutinadas por toda sorte de técnicos.

Além disso, a sociedade ocidental se alterou profundamente com a crescente individualização das pessoas, instituições e decisões. O sujeito insular se torna a regra e o papel da autonomia retoma relevo. Não obstante, o processo decisório quanto às situações terminais não ocorre com a pessoa isolada do mundo, mas se insere nas idiossincrasias daqueles que a rodeiam, em maior ou menor medida.

A difícil luta para interagir com os severamente doentes ou os moribundos nunca consistiu em impor um indesejado intruso ao seu lado quando eles não o requisitaram. Estar com o doente, prover assistência, trazer apoio psicológico são requisitos morais e direitos, mas isso não pode ser imposto, sob pena de tornar essa ajuda sutil violência simbólica. Ter alguém ao lado da cama em tempos de dificuldade pode ser insuportável, ainda que a presença seja motivada pelas melhores intenções (LE BRETON, 2013, p. 29-30).

De outra banda, a solidão não pode ser forçada, pois é importante sentir que os outros se importam com essa dor (LE BRETON, 2013, p. 30). O papel apropriado que deve ser dado aos familiares e amigos próximos, ou “entes queridos”, é difícil nas decisões de fim de vida e levanta questionamentos éticos complexos. Deve-se reconhecer primazia tácita à pessoa. Para evitar que a pessoa seja sacrificada, a família e os próximos (ou todo o corpo social) devem se subordinar à dignidade dela (LE COZ, 2013, p. 15-16).

Esse argumento não raciocina em termos de consequência, mas em termos de princípio. O princípio é que o indivíduo tem um valor igual aos demais, mesmo que cuidar dele traga mais custos em termos de tempo e energia familiar e em termos econômicos à sociedade. Cada pessoa vale tanto quanto as demais, pelo que a qualidade de vida deve ser considerada como um conceito subjetivo que varia de uma pessoa a outra e mesmo para a própria pessoa ao longo do tempo. A prioridade, portanto, é do paciente (LE COZ, 2013, p. 25).

É essencial compreender que a pessoa é soberana em relação a seus tratamentos de saúde e que os acompanhantes, familiares, especialmente aqueles que possuem autoridade jurídica e afetiva, devem servir de mediadores entre o paciente e a equipe médica. Eles não devem interferir na relação médico-paciente até que a pessoa tenha dado seu consentimento (LE BRETON, 2013, p. 32).

Ainda assim, é indubitável que as decisões de fim de vida não se tomam isoladamente. É certo que a opinião e os anseios das demais vozes que orbitam ao redor do paciente certamente têm peso relevante à pessoa. As demais pessoas não são postas de lado nessas decisões, daí se relevar também as pessoas próximas ao paciente no fim de vida.

Há crescimento no cuidado com as pessoas ao redor do paciente. Facilita-se sua presença ao lado do ente querido, a contínua informação sobre o curso e as mudanças no tratamento da pessoa, a obtenção de assistência psicológica e moral pela equipe médica (THERY, 2013, p. 35-36). Nem sempre essas pessoas se confundem com a família, ainda que usualmente isso ocorra.

Geralmente, o termo “próximos” é distinto do termo família, ligado aos amigos próximos. Domat, no séc. XVII, opunha a família aos próximos, englobando estes justamente o que naqueles não se incluía, por parentesco (afinidade e consanguinidade). Os laços de parentesco eram inescapáveis, sem escolha; os laços de amizade, ao contrário, tinham precisamente caráter eletivo.

Por muito tempo essa distinção era importante para afastar os amigos das decisões de fim de vida, em contraposição à família, soberana (THERY, 2013, p. 44). Contemporaneamente, porém, o termo passou a englobar a família – num sentido social



amplo – e os amigos próximos, num sentido bastante vago e ambíguo.<sup>67</sup> Trata-se de uma perspectiva muito mais afetiva que jurídica, portanto.<sup>68</sup>

A família e os próximos, no entanto, nem sempre têm significado positivo, especialmente quando questões econômicas emergem. Historicamente, o custo de uma doença era relativamente baixo, de modo que raramente as finanças eram comprometidas pelas doenças. Ou se morria rapidamente ou se melhorava também rapidamente. Atualmente, não raro, esses custos comprometem não apenas as finanças do paciente, mas de toda a família (HARDWIG, 2009, p. 60).

Quase dois terços dos casos de superendividamento nos EUA estava ligado a gastos médicos. Os cursos médicos por vezes levam a um curto-circuito financeiro, já que, não raro, o superendividamento leva à doença e a doença leva ao superendividamento (EMAMI, 2010, p. 5-7). Os dramas familiares que envolvem o fim de vida, ainda que não ligados diretamente a questões econômicas, são frequentes.

O fim de vida dá impulso a se enveredar pelos segredos das pessoas, revelando tensão, indiferença, conflito, lealdade, solidariedade e proximidade que não se espera ou se antevê. A necessidade ou recusa de um tratamento faz emergir conflitos desconhecidos. A hierarquia dos familiares e sua presença ao lado do leito de morte nem sempre converge com a hierarquia dos sentimentos do doente (LE BRETON, 2013, p. 33).

---

<sup>67</sup> Essa perspectiva se alterou conforme a própria natureza da família mudou. Dá-se peso maior, mesmo dentro da família, àqueles que guardam laços mais concretos e intensos com a pessoa, a despeito de seu status familiar. As alterações socioculturais dos últimos tempos tornaram o conceito de próximos algo que inclui a família e a “não família” que tem significado à pessoa, de maneira mais flexível e pragmática que formal e jurídica. Nossa sociedade parece preferir analisar quem é próximo não pelo status legal, mas pelas relações interpessoais concretas que, eventualmente, são ignoradas pela lei (THERY, 2013, p. 44).

<sup>68</sup> O que significa família é, a rigor, também tema de uma tese própria, que escapa aos objetivos propostos neste trabalho. Não se descarta, aqui, que o termo família é objeto de intensa controvérsia e não encontra escora única nos diferentes ordenamentos jurídicos.

Utilizaremos, pois, esse termo de maneira plurívoca. Ora ele significará as pessoas próximas do paciente, conceito esse que exclui eventualmente parentes consanguíneos, distanciados afetivamente do paciente, mas que engloba amigos, parentes sem relação de parentesco tutelável e mesmo os parentes próximos com relações negativas, ou seja, família num sentido pouco jurídico. Ora significará família num sentido sucessório, ou seja, aqueles que têm interesse patrimonial juridicamente tutelável, na forma da legislação civil sucessória. Ora traduzirão a “pequena família”, a família que conforma pais e filhos, independentemente da origem filial e da relação conjugal dos genitores, ou seja, o parentesco de primeiro grau em linha reta descendente.

Se, e quando relevante for, far-se-á o apontamento necessário a respeito; em geral, porém, deve-se ter a família como sinônimo de “próximos”. A proximidade tem um sentido mais afetivo, ou seja, aquelas pessoas que estão ligadas emocionalmente ao paciente. Esse sentido não tão “jurídico” de família – aqueles que estão próximos – é, portanto, aberto, plural e apenas concretamente aferível.

Ainda que mostrando empatia e respeito pelas pessoas próximas, a literatura geralmente menciona dois grandes riscos ligados a elas: primeiro, o risco de conflitos intrafamiliares oriundos de divisões causadas por rivalidades internas de grupos cujas emoções são particularmente intensas e; segundo, o risco de mórbida impaciência quando fadiga, cansaço, angústia e medo empurram-nas a querer que “tudo acabe de uma vez por todas”, em detrimento dos desejos do paciente. Esses riscos são supostamente tão onipresentes que os entes queridos são frequentemente acusados de precisar de proteção contra si mesmos no contexto das decisões de fim de vida do paciente (THERY, 2013, p. 39).

Aqui reside o significado profundo do crescente pedido por uma boa morte, no sentido original do termo. Esse pedido não reside apenas no respeito aos desejos ou à autonomia da pessoa, mas no profundo significado da identidade e da vida da própria pessoa, da vontade em honrar e tornar duradouro o pacto moral e emocional que ligava os próximos ontem ao doente, que ainda os liga hoje ao morrente e que continuará a os ligar nos anos vindouros com aquele que, em breve, não mais estará com eles, como um gesto final de seus laços (THERY, 2013, p. 54).

O Caso Englaro ilustra esses problemas. A *Corte di Cassazione* entendeu que o pai de Eluana, seu tutor, não era moralmente isento para agir como administrador de suporte das decisões da filha, ante a óbvia proximidade entre eles. Por isso, o tribunal negou o desligamento do suporte vital, afirmando que não era possível haver reconstrução razoável da vida e da vontade dela a partir das opiniões do pai (CASONATO, 2010, p. 331).

Por conta disso, a Corte nomeou uma curadora especial para reconstruir a vontade dela em vida. Em que pese a curadora, ao final, concordar com Beppino Englaro, reconhecendo que, de fato, ela havia dito a ele, numa visita a uma pessoa em coma, que não gostaria de permanecer naquele estado, essa desconfiança é relevadora em relação às pessoas próximas.

O pluralismo conceitual torna mais dramáticas essas situações. A *Corte di Cassazione*, ao permitir a retirada da nutrição artificial, condenou Eluana a morrer lentamente (sete dias, entre 2 e 9 de fevereiro de 2009), já que o ordenamento jurídico italiano não permite a eutanásia. Ainda que fosse evidente que ela morreria em alguns

dias, a pretensa distinção entre a retirada ortotânica do suporte artificial e a ação eutanásica instantânea impediu que seu pai pudesse, ao final, vê-la morrer dignamente.

Essa situação revela o papel ambíguo das pessoas próximas nas situações terminais. Por isso, quando se analisa as decisões de fim de vida, esses elementos não podem ser escamoteados. Deve-se ter mecanismos que impeçam que as escolhas se ajustem melhor aos interesses das outras pessoas do que aos do próprio paciente (HARDWIG, 2009, p. 64). A família exerce papel fundamental nas escolhas feitas pela pessoa, tanto positiva quanto negativamente.

A par desse papel fundamental da família nas decisões de fim de vida, é necessário passar ao processo decisório em si. A tendência recorrente é simplesmente eclipsar o fato de que essas decisões precisam ser – e são – feitas cotidianamente. A terminalidade da vida é fato; as escolhas sobre como ela se processará também. Ignorar que as pessoas, suas famílias, os médicos e tantas outras pessoas façam essas escolhas corriqueiramente não as arrefece.

A realidade dinâmica se resume no adágio “a realidade faz a lei”. Não que o direito seja o filho do fato, mas que o direito não tem caráter especulativo: é porque há dadas realidades que o direito, expressão da organização social, se inclina as apreender (BYK, 1997, p. 919). As decisões de fim de vida são feitas, ao encontro ou de encontro às contraditórias, ambíguas, plurívocas e escassas normas existentes em nosso ordenamento jurídico.

Resta decidir a quem essas opções serão dadas e a quem parece mais adequado delegar as escolhas. Quando se relembra que o pluralismo conceitual é a pedra de toque nas decisões de fim de vida, as escolhas terminais têm a tendência a recair, de antemão, nos “técnicos”, médicos ou jurídicos. A pessoa, mais uma vez, é posta de lado. Não obstante, de maneira ampla, segundo Hardwig (2009, p. 63), essas decisões podem ser tomadas por cinco agentes: a própria pessoa, a família, o médico, um Comitê de Ética ou as Cortes. Pode-se, de antemão afastar, desde já, as Cortes e os Comitês.

Quanto aos Comitês, não parece razoável que se deixe a eles a decisão, já que, mais uma vez, há retorno ao paternalismo médico que se pretende afastar. Diferentemente do que ocorre nos EUA, por exemplo, o recurso à decisão colegiada médica não é usual. A Resolução nº 1.995/2012 do CFM, ao tratar das diretivas

antecipadas de vontade, estabelece que o médico pode recorrer ao Comitê de Ética, “quando entender esta medida necessária e conveniente”.

Esse recurso é raro, pelo que o papel dos Comitês é bastante reduzido no país, já que as decisões sobre tratamentos acabam permanecendo sob o controle direto do médico responsável. Por isso, parece que discutir esse processo decisório sob a perspectiva de um Comitê de Ética é desnecessário.

Quanto às Cortes, também não parece razoável legar tamanha responsabilidade à magistratura. Não que algumas questões não acabem desaguando no Poder Judiciário, mas prever que um juiz decidirá cada caso, individualmente, traz uma série de consequências altamente criticáveis. O Caso Schiavo <sup>69</sup> demonstra com clareza as dificuldades que a judicialização de cada caso individual apresenta na prática.

---

<sup>69</sup> Em 1990, exatamente no mesmo ano em que o Caso Cruzan fora decidido, Theresa Marie Schindler-Schiavo sofre um infarto causado pela provável falta sistemática de potássio, ocasionada por uma dieta de fluidos que ela iniciara tempos antes. Ela sofre, por consequência, severas lesões cerebrais, que a deixam em estado vegetativo persistente. Em 1998, seu marido, Michael, solicitou que a alimentação artificial fosse parada pelos médicos. De acordo com o sistema legal da Flórida, isso só poderia acontecer se ela mesma tivesse solicitado.

O marido de Terri afirma que ela jamais gostaria de ficar nesse estado, mas os pais dela, Robert e Mary Schindler, discordam veementemente, sob o argumento de que ela estava consciente. A Suprema Corte da Flórida confirma, com base na decisão do Caso Cruzan, que há prova desse pedido e, com base no Caso Quinlan, que ela está em estado vegetativo persistente, pelo que pode ser retirado o suporte vital.

Os pais de Terri conseguem um novo julgamento e suspensão da decisão anterior quando afirmam, com base em novas evidências, que havia um novo tratamento capaz de restaurar as funções. Cinco médicos (dois indicados pelo marido, dois pelos pais de Terri e outro pela Corte) analisaram-na e concluíram que era impossível que ela recobrasse a consciência. Apesar de a Suprema Corte da Flórida ter dado três decisões favoráveis ao marido de Terri, ela continuou ligada aos aparelhos. Em 24 de abril de 2001 ela chegou a ter os tubos de alimentação artificial retirados por alguns dias.

Em 2003, depois de pressões de grupos pró-vida, o Governador Jeb Bush, do partido republicano, e irmão do então Presidente Bush, consegue aprovar um Ato que obriga a manutenção do suprimento vital em casos como o de Terri, a despeito das decisões anteriores da Corte local. Logo, o Ato passa a ser chamado de Lei de Terri, já que a lei se aplicava, no Estado inteiro, apenas a ela, de maneira bastante clara. Nos casos previstos na lei, o Governador poderia ordenar a manutenção do tratamento, o que Jeb Bush imediatamente fez.

A Suprema Corte estadual derruba a lei, declarada inconstitucional, por lesão ao princípio da independência dos poderes e porque a lei visava obviamente a um único caso, o que violaria os direitos constitucionais do cidadão. Diversos apelos vão à Suprema Corte dos Estados Unidos, que rejeita conhecer os recursos, e Terri passa a ter hora para que o tubo de alimentação seja retirado definitivamente: 18 de março de 2005, às 13h. Grupos religiosos radicais se mobilizam e o presidente da Corte estadual sofre diversas ameaças de morte e passa a ser acompanhado por guardas fortemente armados.

O Presidente Bush chegou a interromper suas férias no Texas, em 20 de março, dois dias depois que os aparelhos de Terri foram novamente desligados, e voltou às pressas para Washington para assinar uma lei que forçaria a manutenção vital dela. O Congresso americano havia se reunido numa Sessão Especial, pela primeira vez na história, durante o recesso de Páscoa, para aprovar legislação referente ao tratamento médico de uma única pessoa.

A legislação é preparada à tarde, das 21h às 24h é discutida e aprovada e, horas mais tarde, é assinada pelo Presidente, numa velocidade desconcertante. A lei é intitulada “para o alívio dos pais de Theresa Marie

A terceira possibilidade decisória recai sobre o médico. No contexto nacional hodierno, as escolhas de fim de vida são feitas, indubitavelmente, pelo pessoal médico, ainda que não de maneira regulada, clara ou legal. São as escolhas sub-reptícias que antecipam o termo vital de inúmeras pessoas, sem que elas mesmas, a família ou Comitês de Ética, sejam consultados.

Há uma espécie de deslocamento de poder, que passa do sagrado ao profano. Memmi (2003, p. 63-66) faz um paralelo entre a Igreja e o Estado, os padres e os médicos, o confessional e o consultório, a confissão e a consulta, a absolvição e o tratamento, as penitências e as prescrições, a salvação da alma e a salvação do corpo. A autora reconhece que entre evitar os males do inferno e ter uma boa saúde corporal há diferenças, em especial quanto à profundidade.<sup>70</sup>

Em ambos os casos, entretanto, há intervenção poderosa sobre o corpo, decorrente de forte desequilíbrio de poder entre o destinatário e o produtor da mensagem autobiográfica. Tanto a instituição laica quanto a religiosa têm em comum a centralidade na administração da vida e o caráter fortemente hegemônico na distribuição dos bens da saúde, sejam eles materiais ou espirituais.

Não à toa a medicina é tida como “sacerdócio”, praticada somente depois de feito o solene Juramento hipocrático. A pessoa é afastada da decisão porque se entende que não possui ela capacidade – em sentido jurídico e extrajurídico – suficiente para decidir sobre sua biografia. É a face mais visível do paternalismo médico, que remonta ao argumento retórico que já fora utilizado para justificar o cativeiro: a escravidão é melhor para os próprios escravos.

---

Schiavo” e diversos senadores republicanos fizeram discursos inflamados sobre a certeza que tinham de que Terri tinha consciência e que não era um mero vegetal, a despeito dos pareceres médicos apresentados e do fato de nenhum deles jamais ter tido contato com ela.

Finalmente, em 2005, a Corte analisa o caso de Terri e libera os médicos a retirar o suporte vital dela, a pedido do marido, a despeito dos intensos protestos ocorridos. Terri Schiavo morre em 31 de março de 2005.

<sup>70</sup> Se até a primeira metade do séc. XIX a ideia de consultar um médico era um tanto “exótica”, quando ela se torna comum o médico assume papel de destaque na sociedade. Ele passa a representar um papel social e moral considerável; junto com o pároco, o médico se torna uma espécie de tutor dos humildes e conselheiro de ricos e pobres. Ele, eventualmente, cuida do doente, mas não é arauto da cura, no mais das vezes limitando-se a ajudar o moribundo a morrer. Quando o fim se aproxima, ele deixa de ser um dispensador de cuidados, a palavra amiga do moribundo e se torna um homem da Ciência, um *deus ex machina*, o último recurso dos ricos (ARIES, 2014, p. 761-762).

Berlinguer (2004, p. 188-193) afirma que esse argumento é sutilmente aplicado ao mercado biotecnológico, de modo que se submeter à lógica do “mercado humano” é melhor para a própria pessoa. Esse mesmo argumento é utilizado para impor à pessoa autônoma a cassação de sua autonomia. Em que pese o “consenso” seja de suma importância quanto às decisões sobre os tratamentos médicos, o “dissenso” não é tão bem aceito. Quando o sistema “uma pessoa, um voto” é posto à prova nas decisões de fim de vida, o paternalismo ressurgente e o médico, talqualmente o sacerdote, desempata a controvérsia.

Relegar a decisão ao médico, quando se evidencia o forte desequilíbrio de poder entre o destinatário e o produtor da mensagem autobiográfica, não parece a melhor solução. Restam, portanto, a família e a própria pessoa. A decisão pessoal será objeto de delineamento adiante, já que central para este tópico e para os objetivos deste trabalho. Por isso, resta analisar rapidamente a decisão feita pela família.

Quando a decisão de fim de vida não é tomada pela própria pessoa, evidentemente há um distanciamento em relação à autonomia. A defesa da autonomia em relação ao ato terminal da biografia, quando a escolha não se realiza pela própria pessoa, é meramente residual. Por isso, as escolhas finais só se relegam a outrem quando não pôde a própria pessoa fazê-lo.

Defende-se que a pessoa possa escolher as questões biográficas, mas nem sempre isso é possível, porque seu estado físico (estado vegetativo persistente, por exemplo), impede que ela mesma escolha. Igualmente, não deixou diretivas antecipadas de vontade e nem mandatário. Em suma, não há nenhuma declaração de vontade a respeito das decisões terminais a se tomarem.

A autonomia, nesse caso, é apenas residual, porque a proteção dessas escolhas é indireta. Entende-se que a família está inclinada a respeitar as escolhas que a pessoa fez em vida, a despeito de nada ter formalizado. O Caso Englaro ilustra essa situação, pois se tentou reconstruir a vontade de Eluana por intermédio da opinião de seu pai. Obviamente, apesar da clara vontade da pessoa em vida, nada impede que os familiares ignorem essa decisão, mas essa é questão outra, posta de lado, agora.

Essa discussão é importante porque pesquisas mostram que poucos são os que, nos EUA, fazem planejamento prévio sobre as decisões de fim de vida. Mais comum é



que se estabeleça um procurador para tomar essas decisões, sem instruções específicas (DRESSER, 2009, p. 67). Frequentemente inconsciente e irreconhecível, a pessoa apenas aguarda o fim em meio a luzes piscantes e bipes constantes de máquinas e sistemas, que a fazem desaparecer no meio da decoração tecnológica. (LE COZ, 2013, p. 20).

O exemplo do Caso Schiavo talvez seja prolífico para se pensar a respeito das dificuldades apresentadas pelas decisões de fim de vida quando se as pensa no contexto de ausência de expressão pessoal da vontade. Uma batalha judicial de quase duas décadas foi travada entre o marido e os pais de Terri até o instante em que os aparelhos dela foram desligados. Questiona-se, então, a quem se delegaria o poder de fazer as escolhas terminais.

Quando se abre a possibilidade de tomada de decisões terminais, se dá, em regra, <sup>71</sup> primazia ao companheiro, <sup>72</sup> pela maior proximidade que este possui em saber os desejos do doente. No entanto, essas regras jurídicas não têm o condão de resolver problemas extrajurídicos, especialmente as inflamadas contendas familiares mal resolvidas que permanecem ao lado do leito do moribundo ou mesmo na mídia (ANNAS, 2009, p. 295). Disputas entre médicos, membros da família, comitês de ética e advogados são inevitáveis, portanto.

Não se pode olvidar desses numerosos problemas envolvendo a tomada de decisões por outrem, mas também não se pode deixar que essas disputas violem o direito da pessoa de ter uma vida e uma morte dignas. Como se pretende que a própria pessoa decida sobre o final de sua biografia, as questões familiares podem ser relegadas a papel secundário, agora, de modo a se aprofundar o papel nuclear que a autonomia exerce nas decisões de fim de vida.

---

<sup>71</sup> Exemplo é o art. 408 do Código Civil italiano, na redação dada pelo art. 3º da Lei de 9 de janeiro de 2004, que trata da escolha do administrador de apoio para a proteção das pessoas privadas total ou parcialmente de autonomia. A escolha soberana é do paciente, por meio de instrumento escrito; na ausência, o juiz nomeia, preferencialmente, em ordem, sempre que possível, o cônjuge não separado legalmente, o convivente estável, o pai, a mãe, o filho ou o irmão ou a irmã, um parente entre os de quarto grau.

<sup>72</sup> Assumir-se-á haver indistinção entre companheiros e cônjuges quanto a esse ponto. Ainda que sem conexão com o presente trabalho, a decisão do STF (RE 646.721/RS e RE 878.694/MG) que afastou a diferença entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios, sustenta essa possibilidade, eis que, apesar de mantidas algumas diferenças entre as duas formas de convivência conjugal, há tendência à equiparação, no máximo possível, especialmente nas questões patrimoniais. Como aqui se discutem relações existenciais, maior razão para não distinguir as uniões matrimonializadas das uniões não matrimonializadas.



A autonomia, forjada no seio liberal e inicialmente dedicada ao direito contratual, é conceito controvertido em se tratando das decisões de fim de vida. Argumentos opostos se valem dela para criticar ou defender as possibilidades terminais. A aplicação desse princípio tão ligado ao direito contratual não pode, evidentemente, se reduzir às discussões que são levadas a cabo no contrato. Indiscutível que a autonomia, aqui, se relaciona com os elementos extrapatrimoniais, com a pessoa, e não com os elementos patrimoniais, típicos à teoria contratual (sequer se discute a despatrimonialização, nessa quadra).

Se para o contrato a vontade era sinônimo de que “a pessoa é o melhor juiz para si mesmo”, na terminalidade da vida a vontade ainda é sinônimo de que “a pessoa é o pior juiz para si mesmo”. É contraditório reconhecer que, para decisões patrimoniais, a vontade exerça papel central e, para decisões pessoais, a vontade exerça papel praticamente nulo.<sup>73</sup>

Frise-se, novamente, discussões típicas da seara contratual, como a de que a vontade não é capaz de, por si só, gerar efeitos jurídicos relevantes, ou que o debate entre as teorias da vontade e da declaração não serão analisadas. A vontade aqui pinçada não se faz nos moldes da teoria geral do negócio jurídico, mas como elemento do estatuto de proteção dos hipossuficientes, como reforço da autodeterminação (CORRÊA, 2010a, p. 127).

Em que pese ser, por exigência das normas constitucionais, “forçosa a identificação de um direito civil mais sensível aos problemas e às exigências da sociedade” (FACHIN, 2015, p. 63), de modo a inserir também nas relações de cunho eminentemente patrimoniais caráter substancial, o contrato se satisfaz com a manifestação formal de vontade. Quando se fala na autonomia voltada aos tratamentos médicos, a vontade substancial serve como garantia à autodeterminação (CORRÊA, 2010a, p. 128)

---

<sup>73</sup> A tendência de compreender a pessoa como o “melhor juiz para si mesma” é evidentemente mais liberal, e não necessariamente a mais adequada. Conforme leciona Dworkin (2009, p. 319), quando a autonomia está centrada na integridade, é possível reconhecer que as pessoas nem sempre tomam as melhores decisões, têm valores coerentes ou sempre reflipam com profundidade sobre as questões relevantes da vida. No entanto, a autonomia como integridade “estimula e protege a capacidade geral das pessoas de conduzir suas vidas de acordo com uma percepção individual de seu próprio caráter, uma percepção do que é importante para elas”.

Ainda que esses elementos perpassem a análise feita adiante, a questão é outra. Ela se volta a compreender como a autodeterminação passou a ser tão valorizada no tocante às decisões sobre o próprio corpo, mas, ao mesmo tempo, ela continua sendo negligenciada em se tratando de decisões de fim de vida. Como o consentimento livre e informado se tornou pedra angular das intervenções médicas, mas o dissenso sobre as escolhas terminais continua a afastar a autonomia da pessoa.

Quando se pensa na autonomia privada de viés patrimonial, imediatamente vem à baila a capacidade jurídica. Ainda que a autonomia sobre as decisões de fim de vida leve em conta esse pressuposto, ele não esgota as discussões. Poucos pacientes poderiam ser considerados efetivamente competentes, dado o estado evidente de vulnerabilidade da pessoa quando sua saúde é afetada (CORRÊA, 2010a, p. 114), sobretudo em casos terminais.<sup>74</sup>

A vontade das crianças e adolescentes, nesse sentido, é relevante na tomada de decisões que envolvam procedimentos médicos, à semelhança da alteração ocorrida nas relações médico-paciente. A autoridade parental não pode descurar da vontade do menor, quando este já apresenta maturidade psicológica suficiente para participar do processo (SÁ, M.; LIMA, 2015, p. 299-300). A capacidade na pessoa, em quaisquer casos, apresentará ainda mais uma camada de questionamentos, que não será analisada neste trabalho.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Há tendência a rechaçar o utilitarismo em prol de noção de que a pessoa é autônoma e deve ter papel central e independente na tomada de decisões. Cria-se a garantia de que suas escolhas e concepções devem dominar sobre as crenças dos demais, em seu melhor interesse. Tenta-se resistir a atos de coerção e atos menos invasivos, mas mais persuasivos: a influência e a manipulação (MILLER, B., 2009, p. 3).

A ação autônoma – tanto volitiva quanto cognitivamente – permite a ação autorregulada da pessoa, numa acepção literal. A autonomia é parcial ou totalmente reduzida quando há falta ou redução das capacidades volitivas ou cognitivas, em determinados momentos da vida de todos (infância) ou em determinados momentos da vida de alguns (inconsciência, doenças). Como a doença reduz a autonomia, não é adequado tratar de capacidade da pessoa sob a ótica médica (O'NEIL, 2009, p. 23).

Como o tradicional fundamento da atuação médica é a benevolência, a autonomia do paciente é irrelevante ao médico, cuja racionalidade reside na produção máxima de bem-estar, numa perspectiva moralmente utilitarista (O'NEIL, 2009, p. 23). No entanto, tratar pacientes capazes e pacientes incapazes ignorando, em qualquer circunstância, sua autonomia, parece absolutamente contrassensual.

É perceptível, portanto, como a autonomia é valor fundamental na sociedade, essencial à construção da própria identidade humana. A autoridade sobre essas escolhas não pode ser dada a um grupo de pessoas, ou se estaria generalizando uma compreensão particular. A autonomia pressupõe igualdade moral e preserva a dignidade individual (VEATCH, 2009, p. 56).

<sup>75</sup> Mencione-se que, a rigor, com a copernicana mudança operada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD na sistemática da capacidade civil, numerosos problemas foram eliminados e outros tantos criados. De antemão, impossível afastar a autonomia, ainda que com restrições, das pessoas relativamente incapazes e das pessoas capazes sujeitas ao regime curatelar extraordinário do EPD. Certamente a

A autonomia passa a ter papel fundamental no direito constitucional contemporâneo e é inegável a sua conexão intrínseca com as decisões de fim de vida:

O direito constitucional [...] é uma expressão da santidade da escolha individual livre e da autodeterminação, constituintes fundamentais da vida. O valor da vida como tal é diminuída não por uma decisão de recusar um tratamento, mas pela incapacidade de permitir a um ser humano competente o direito de escolha (ANNAS, 2009, p. 296).

Sá e Moureira (2015b, p. 291) afirmam que se a “concepção medieval de autonomia apontava para a moralidade pautada na obediência”, a concepção moderna de autonomia passa a reconhecer “a liberdade de pessoas iguais, capazes de enxergarem por si mesmas o que a moralidade requer”. Concebe-se a autonomia como autogoverno, como capacidade de traçar seus próprios caminhos.

Não se trata, portanto, de autonomia no sentido patrimonial, mas no sentido existencial. Considerar a relação como eminentemente existencial significa que os interesses não são “seus”, mas “são” a própria pessoa. O interesse sobre o controle da vida é, antes do médico ou da família, da própria pessoa (ESTEVES; MULTEDO, 2012 p. 323).

Se o projeto de uma sociedade contemporânea que se denomina democrática é se afirmar pluralista e, conseqüentemente, possibilitar a construção de projetos de “vidas boas” diversos, faz-se necessário compreender como a hermenêutica jurídica contemporânea é capaz de efetivar o livre exercício da autonomia (SÁ, M.; MOUREIRA, 2015b, p. 293).

O Estado Democrático de Direito, plural em suas concepções, é pluralista não apenas quanto à vida que se pode considerar boa, mas também quanto à morte que se considera boa. A autonomia, em sentido existencial, exige respeito aos interesses que “são” a própria pessoa. Essa autonomia só se alcança quando as decisões de fim de vida podem ser tomadas de maneira sincera e sem esbarrar no pluralismo conceitual paralógico, tecnicista, vazio e contraditório.

---

consideração da vontade das pessoas relativamente incapazes e das pessoas capazes sujeitas ao regime curatelar demanda, nas decisões de fim de vida, especial atenção. Igualmente, discutível se os absolutamente incapazes também não poderiam ter papel decisivo numa decisão terminal, ainda que não totalmente autônomo, sobretudo quando se pensa no papel relevante que se dá aos adolescentes, por aplicação dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Igualmente, invocar a “racionalidade da decisão” (avaliada pela ponderação entre riscos e benefícios esperados do tratamento), por parâmetros estranhos à pessoa, é alijar a autonomia como integridade. Invocar o princípio da beneficência, cuja concretude é definida pela autoridade do médico, limita a autonomia (CORRÊA, 2010a, p. 114). A racionalidade e a beneficência da escolha passam por critérios técnicos que ignoram os critérios axiológicos e as expectativas da pessoa.

“Permitir que a pessoa determine o fim de sua história biográfica é fazer com que ela realize, no momento de sua finitude, suas configurações enquanto agente da própria vida”. Deve-se levar a sério as outras dimensões do ser humano que não a meramente biológica (SÁ, M.; MOUREIRA, 2015b, p. 312). Se já houve o abandono da tese de que a vida é um bem absolutamente indisponível, não há razão para manter a tese de que a autonomia tem de ser vista com tantas ressalvas quando da disponibilidade daquela.

Não se trata da mera autonomia da vontade, mas de conceito de liberdade que “hoje em muito supera a concepção clássica da autonomia privada de lógica individualista e patrimonialista”. O conceito de autonomia, no âmbito da autonomia privada existencial, “deve ser concebido como aspecto da dignidade da pessoa humana que permite o livre desenvolvimento da personalidade” (ESTEVES; MULTEDO, 2012, p. 334).

A perspectiva moderna da “autorregulamentação de interesses privados que a autonomia privada acaba por assegurar consiste, a rigor, em uma expressão de liberdade formal, [...] pensada em termos abstratos” (RUZYK, 2009, p. 295). Essa perspectiva, de cunho notadamente negocial, não cogita da efetiva possibilidade de realização das escolhas porque afasta a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (SARMENTO, 2006, p. 233). Trata-se de autonomia quanto às decisões existenciais.

As decisões de fim de vida, antes de merecerem desconfiança, merecem respeito. “É preciso respeito para entender e aceitar o processo do morrer alheio. As crenças e convicções que repousam no íntimo de cada um não podem agrilhoar aquele que não suspira por elas” (SÁ, M.; PONTES, 2009, p. 52). A sociedade democrática e plural exige esse respeito, sob pena de se fazer valer, especialmente na arena penal, a concepção individual de morte e do morrer peculiares de alguns ou de alguns grupos.

Criou-se um certo *acceptable style of facing death* pelo pessoal hospitalar, ajustada à segurança moral do nosocômio. É necessário morrer de um jeito aceitável,

que encerra um passamento pouco emocional – já que as emoções são incompatíveis com o ambiente hospitalar. É desejável que se morra sem se perceber e sem que os outros o percebam; que o moribundo ignore a morte e por ela seja ignorado. Mas essa “boa morte” suave é rara no meio do emaranhado hospitalar aterrorizante (ARIÈS, 2014, p. 791).

Nem todos os moribundos aceitam passivamente esse “estilo aceitável de encarar a morte” e insistem em saber sobre a morte. Ela se torna uma “morte embaraçosamente sem graciosidade” ou porque o doente se revolta e insiste em viver a todo custo ou porque ele aceita a morte placidamente e chega a desejá-la. A sociedade medicalizada tem ojeriza à *embarrassingly graceless dying* porque ela elimina e desestimula os esforços; os médicos reconhecem nela a imagem detestada da morte, um fenômeno natural que não pode ser contido pelo seu poder (ARIÈS, 2014, p. 792)

O avanço da tecnologia desnudou a realidade que há muito precisava se revelar: “numa sociedade pluralista e secular os referenciais religiosos e as escalas de valor não eram mais objeto de consenso suficiente, mesmo em matérias capitais, tais como, o sentido da vida e da morte” (LEITE, 2001, p. 106). O pluralismo conceitual não dá conta de criar consensos, mas insiste em manter um “estilo aceitável de encarar a morte” único e que não pode ser rejeitado.

Nem mesmo as pretensas “verdades científicas”, num viés ainda moderno, conseguem afastar que as noções mais elementares de vida e morte são controvertidas e meramente convencionais. Nem mesmo os cientistas têm consenso sobre o que seja a morte. Nem mesmo a morte admite mais que conceitos de “natural” ou “artificial” lhe sejam aplicados.

Na ADI 3.510/DF, o Ministro Menezes Direito afiançou que “toda a atitude diante da finitude, da dor e da morte deveria ser repensada do ponto de vista da criação de valores dos seres humanos em lugar de serem vistas apenas como problemas técnicos, segundo a visão dominante dos especialistas em saúde” (STF, 2008, p. 134). Ainda que esse argumento tenha sido utilizado para justificar a tese vencida de inconstitucionalidade de parte dos dispositivos da Lei de Biossegurança, ele é útil para demonstrar que as questões terminais não podem ser vistas simplesmente a partir de noções pretensamente científicas.

O cientificismo médico cria noções convencionais que são alteradas recorrentemente; o cientificismo jurídico determina o pluralismo conceitual paralógico. As discussões sobre a terminalidade permanecem esmagadas entre ambos e a pessoa, em tese o núcleo, tanto da medicina quanto do direito, acaba ejetado e desapropriado da própria morte.

Por isso é que, presentemente, se reivindica a reapropriação da morte pela própria pessoa. Há intensa preocupação sobre a salvaguarda da qualidade de vida da pessoa, mesmo na hora da morte. Não se trata de mero direito de morrer, mas de um direito de morrer dignamente, que afasta o prolongamento da agonia inútil e indesejada (BORGES, 2001, p. 284). A pessoa pode – e deve – autonomamente se reapropriar do seu próprio destino.

Não se pode mais simplesmente relegar as decisões de fim de vida a uma autoridade, sagrada ou profana. O paternalismo médico, laico, mas ainda autoritário, à imagem do sacerdócio, não parece adequado a resguardar a autonomia da pessoa. O paternalismo jurídico segue a mesma linha. Hospitais e tribunais não podem ocupar o espaço deixado pelas igrejas, médicos e juízes não podem ocupar o espaço deixado pelos sacerdotes, normas éticas e Códigos não podem ocupar o espaço deixado pelas escrituras.

Não se trata de niilismo ou de venerar a vontade ensimesmada, ilimitada, como defendia o liberalismo econômico clássico; não se trata de a vontade ocupar o espaço das escrituras, a própria pessoa ocupar o espaço do sacerdote ou a escolha egoística ocupar o lugar da igreja. Hospitais, tribunais, médicos, juízes, ética e normas exercem papel fundamental também nas decisões de fim de vida. E não podem ser simplesmente descartadas ou ignoradas.

Como disse a Ministra Cármen Lúcia no julgamento da ADI 3.510/DF, para “garantir a existência digna, o direito constitucional assegura os direitos que a liberdade humana constrói para a dignificação permanente das condições do viver” (STF, 2008, p. 218). Ou seja, a liberdade humana é que constrói a dignidade da vida. Criar camadas e camadas conceituais, de modo a afastar, arrefecer ou confundir as decisões de fim de vida não parece capaz nem de dotar a pessoa de autonomia, nem de permitir a “dignificação das condições do viver”.

Se emerge, conseqüentemente, “a pessoa humana como pressuposto e fundamento ideológico da ordem jurídica brasileira” (MEIRELLES, 2000, p. 158), a autonomia torna-se pressuposto das decisões de fim de vida. Não se pode mais justificar o pluralismo conceitual a partir de uma pretensa defesa da pessoa quando sua autonomia é flagrantemente ignorada.

Exige-se não apenas respeito, mas também que as decisões terminais sejam livres e esclarecidas, de modo a, efetivamente, dotar a pessoa de verdadeira autonomia. A exigência de obtenção do consentimento livre e esclarecido, anteriormente à realização de qualquer procedimento médico, “decorre do princípio jurídico da autonomia privada, ou seja, o poder reconhecido ao sujeito de decidir sobre os assuntos concernentes a sua vida e seu corpo” (GEDIEL, 2010, p. 9).

O respeito à autonomia é fundamental à boa prática médica e isso se reflete visivelmente nas exigências de consentimento livre e esclarecido para tratamentos médicos. Os profissionais da saúde têm o dever de elucidar os elementos mais técnicos à pessoa, em termos correntes. Poucos são os que compreendem a diferença entre o estado vegetativo persistente e o coma – e entre os vários estágios deste.

Simplemente assinar um “termo de consentimento livre e esclarecido” não significa muita coisa. Por isso, o médico tem o dever de esclarecer a terminologia técnica e a extensão de cada informação que está contida nesses termos. Do contrário, não há efetivo consentimento, mas adesão que ignora a extensão da concordância.

Não se descarta de que a prestação de informações pelo médico seja incapaz de remover todos os obstáculos para que a pessoa possa decidir livremente, de modo completamente racional e sem que continue existindo um desequilíbrio nessa relação. Em verdade, o poder do médico recrudescer, porque o paciente decide com base no discurso de verdade por aquele apresentado (CORRÊA, 2010a, p. 138).

Imaginar o inverso é pretender um sujeito abstrato, que decide baseado apenas numa razão instrumental de cálculo. Incontáveis variáveis estão contidas nesse complexo processo de escolha, transmissão, compreensão, absorção e seleção de informações relevantes. Falar em consentimento livre e esclarecido no contexto nacional é “praticamente impossível”, dadas as preocupações bem mais elementares da grande maioria da população brasileira (CORRÊA, 2010a, p. 140).



Segundo Kerridge, Lowe e Mcphee (2005, p. 216-217), o consentimento deve ser esclarecido (ou autores tratam do termo de consentimento esclarecido, sem o termo livre). Dois elementos permitem um consentimento válido: a competência e a voluntariedade (a ausência de manipulação ou coerção, livre, portanto); dois elementos denotam a informação: publicidade da informação (*disclosure of information*) e a compreensão e aceitação da informação.

A voluntariedade pode ser perdida desde as mais rígidas, coerção, ameaça e tortura, até as mais sutis formas de persuasão e apelos mais fortemente emotivos. Isso é importante quando se trata de decisões de fim de vida e especialmente quando o consentimento é obtido já durante uma doença em grau avançado. É notório que aquele que se encontra alquebrado tem sua capacidade de resistência às influências externas reduzida, dado seu estado psicofísico peculiar. Os profissionais da saúde devem, no processo decisório, sempre estar atentos para evitar que essas pressões contaminem a autonomia do paciente.

A publicidade da informação é, certamente, de suma importância para o paciente. Seu consentimento depende, nuclearmente, da qualidade da informação que lhe é repassada. Se o padecimento comporta diferentes soluções, todas elas devem ser retransmitidas à pessoa. O médico afeta diretamente a autonomia de escolha de seu paciente porque é ele quem controla o tipo, a quantidade e a qualidade das informações providenciadas ao longo do processo decisório.

Desde que o termo apareceu pela primeira vez nos EUA, em 1957 (*Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*), as literaturas jurídica e médica discutem o tema profusamente. Na decisão, a *California Courts of Appeal* estabeleceu que o paciente tinha de saber certas informações antes de escolher e consentir sobre tratamentos, como natureza, consequência, perigos, benefícios, riscos e alternativas para qualquer tratamento oferecido.

Essa noção de paciente informado ficou conhecida como o “padrão de publicidade do homem médio” (*reasonable person standard of disclosure*) que o médico tinha a obrigação de fornecer para uma pessoa hipotética média quando da necessidade de consentimento em intervenções. A óbvia dificuldade é estabelecer quem é um “homem

médio” e qual é o nível de informação material que esse homem médio” deve receber antes do tratamento para que seu consentimento seja adequado.

Essa, porém, é uma das faces do problema, apenas. Se parece fácil criticar a dificuldade que o paciente terá com a publicização de informações técnicas, não deixa de ser igualmente criticável a forma como essa informação é trazida ao paciente. Não raro se defende que determinadas informações, especialmente aquelas que envolvem os riscos dos procedimentos, simplesmente não devem ser fornecidas ao paciente. O argumento, o clássico paternalismo de que o médico sabe, de antemão, que aquelas informações não devem ser fornecidas, ainda perdura.

Além disso, é bastante comum que o médico, já de posse de um arsenal teórico-prático técnico específico sobre determinadas moléstias e tratamentos, ofereça ao paciente apenas as soluções que ele crê mais adequadas. Ao invés de apresentar, com razoável grau de imparcialidade, todas as soluções possíveis, ou pelo menos as razoáveis, ele apresenta apenas as possibilidades que ele julga mais apropriadas, quando não apresenta apenas uma solução.

De regra, concorda-se que os termos devem conter informações acerca dos previsíveis danos que razoavelmente se esperam naquela situação. Há, porém, quem entenda que esse dever de informação deve ir além, prevendo até mesmo a aptidão do profissional responsável pela intervenção médica. Isso porque as bases dos termos de consentimento se assentam sobre os riscos, pelo que os efeitos colaterais do procedimento e os riscos de que tais efeitos colaterais sejam sentidos sejam talvez as informações mais relevantes aos pacientes (CLARKE; OAKLEY, 2009, p. 30-31).

O objetivo é duplo: proporcionar ao paciente informações mais acuradas e, ao mesmo tempo, instigar melhora nas práticas médicas. Ao tomar nota de uma taxa de mortalidade significativamente maior em determinados profissionais ou instituições, poder-se-ia eles manejar recursos para requalificação profissional de maneira mais adequada (CLARKE; OAKLEY, 2009, p. 41).

Os termos de consentimento ainda pecam por se instrumentalizarem excessivamente à responsabilidade civil. O consentimento parece ter menos função de esclarecimento ou informação e mais função de transferência de riscos para o paciente,

de modo a afastar a responsabilidade do médico em caso de insucesso (GEDIEL, 2010, p. 12), dada a obrigação subjetiva de meio.

A prática médica se sustenta na assinatura de termos de consentimento para evitar o litígio sem mostrar qualquer respeito ao paciente. Os procedimentos de obtenção de consentimento ignoram as dificuldades que mesmo as pessoas que gozam de mais autonomia têm para assimilar informações aflitivas ou tomar decisões difíceis. Esses termos parecem os contratos “negociados” pelos colonizadores europeus com os nativos que desconheciam as tradições legais daqueles (O’NEIL, 2009, p. 25).

O desvirtuamento dos termos é indicativo de quão efetiva é a consideração da autonomia do paciente pelo médico na realidade prática. Indica também porque é tão incomum se falar em dissenso – livre e esclarecido – nas relações médico-paciente e porque o dissenso parece não encontrar a mesma aceitação quando se trata de intervenções médicas. Em se tratando de decisões terminais, o dissenso é facilmente rejeitado pelo paternalismo médico-jurídico, denegando-se sem pudor a autonomia ao moribundo.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Em se tratando de ética médica, Veatch (2009, p. 55-57) afirma que existiriam quatro modelos distintos e historicamente sucessivos. O modelo inicial, após a revolução biológica havida na primeira metade do séc. XX, seria o modelo da engenharia, típico de uma perspectiva cientificista, positivista, que tomou conta da medicina. O médico era um cientista, sem qualquer consideração de valor. Esse modelo afundou a reboque das descobertas dos horrores praticados durante o nazismo e os totalitarismos próximos dele. Na sequência, de modo a contrabalancear os problemas causados pela exclusão completa de julgamentos éticos, surge um modelo sacerdotal – ou da benevolência, segundo Hardwig (2009, p. 61). Esse modelo transforma o consultório num santuário e o médico se distancia do mundano paciente, tendo primazia não apenas científica, mas também moral – e aí está a diferença do modelo anterior.

O terceiro seria o modelo colegial, cujo objetivo era balancear ambos os modelos, de modo que médico e pacientes deveriam ser vistos como aliados no combate à doença, como “colegas”. Esse modelo, no entanto, parece meramente retórico, já que, no mundo real, parece pouco provável que médicos e pacientes vejam-se a si mesmos como colegas que buscam um objetivo único.

Por fim, o modelo contratual, não entendido numa percepção estritamente jurídica, mas numa perspectiva mais simbólica de pacto. Segundo o autor, ambas as partes agem a partir da criação de obrigações e de benefícios mútuos, havendo sanções no caso de descumprimento, ainda que se assumam que as obrigações são cumpridas mais pela boa-fé do que pelo temor da sanção em si.

Ainda que o modelo contratual pareça mais adequado – e o supracitado autor assim defende –, sua assunção encontra resistência na realidade, não apenas na medicina, mas no próprio direito. As reiteradas decisões dos tribunais acerca da obrigação do médico de sobrepor sua decisão sobre a decisão dos pais, Testemunhas de Jeová, que negam autorização para transfusão sanguínea ao filho evidencia essa tensão. Não é incomum que essas decisões apelem para o modelo científico (o médico amoral sabe o que é melhor) ou para o modelo sacerdotal (a aclamada “benevolência” do Código de Ética Médica).

O direito ainda é recalcitrante em defender o modelo paternalista, especialmente quando ele mesmo também o é e costuma negar com bastante veemência a aplicação dos modelos colegial ou contratual. O primeiro é defendido apenas no caso de consenso – o dissenso gera desconfiança a médicos e julgadores – e o segundo se limita a questões de cunho puramente patrimonial, excluído das discussões existenciais.

A autodeterminação da pessoa, que se exerce por meio do consentimento livre e esclarecido, revela a “tensão entre a autonomia do paciente e a autonomia do profissional médico” (GEDIEL, 2010, p. 11); revela ainda a tensão entre o direito e a medicina e revela a existência também de um paternalismo jurídico. Ainda que superficialmente, essas questões demonstram como os conceitos de “livre”, “esclarecido”, “informado”, e a extensão desses conceitos presentes nos termos de consentimento, podem gerar outras tantas discussões.

Não se pode tomar os termos de consentimento livre e esclarecido, o dever de informar ou a autonomia do paciente a partir das concepções consagradas na esteira da bioética, elaboradas com base marcos teóricos já superados pelo pensamento de Foucault.<sup>77</sup> Necessário visualizar esses fenômenos em sua apreensão jurídica, que vem marcada pela evidente preocupação em instrumentalizá-los em prol de um reequilíbrio mínimo, de modo a tornar palpável soluções mais justas (CORRÊA, 2010a, p. 141), especialmente tendo em mente uma decisão terminal.

Em que pese o mais comum seja a pessoa expressar-se acerca das decisões de fim de vida presentemente, por vezes se recorre à sua vontade pretérita. Tratam-se das diretivas antecipadas de vontade, expressão essa que não incomumente é substituída por tantas outras como: “testamento biológico”, “testamento vital”, “declaração antecipada de vontade” ou *living will*.

As diretivas permitem a projeção da autonomia individual para um período de antecipação da incapacidade, assumindo que a vontade da pessoa permanecerá estável ao longo do tempo. No entanto, os pacientes frequentemente mudam de opinião sobre as situações hipotéticas previstas preteritamente. Numerosos estudos põem em cheque essa pretensa estabilidade, sobretudo em vista do nível de esclarecimento da pessoa em suas previsões outrora abstratas (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 193).

No entanto, as diretivas antecipadas de vontade são louvadas e execradas justamente pela ampla autonomia que se dá à própria pessoa. A produção de efeitos

---

<sup>77</sup> “Dentre os discursos de verdade, que constituem o sujeito e circulam na sociedade, está o da medicina, dizendo a verdade de como viver, como comer, como preservar a saúde e, até mesmo, como morrer” (CORRÊA, 2010a, p. 136). O discurso médico funciona, assim, como instrumento de interdição dos outros discursos possíveis, talqualmente o discurso do professor, em relação ao aluno, rejeitando o diálogo. Esse discurso materializa ideologias, permitindo a construção e a desconstrução do saber, reprimindo ou emancipando. Nesse sentido, Cortiano Jr. (2002, *passim*).

jurídicos relevantes a partir da vontade da pessoa é sempre controvertida quando envolve debates tão acalorados. Guardadas as devidas proporções, e apesar do equívoco técnico, o “testamento vital” padece da mesma crítica que o testamento.

A partir do séc. XIII, o testamento se reveste de grande importância; torna-se obrigação, não apenas jurídica, mas também espiritual: morrer sem um testamento era uma maldição. O testamento rege a sucessão em favor dos próximos, serve a pedir perdão àqueles contra quem se pecou – conscientemente ou não –, permite fazer uma última vez caridade aos pobres e enfermos e sobretudo estabelece uma dezena ou centena de missas (SCHMITT, 2014, p. 197).

Séculos depois, essa máxima, revestida de novas cores, parece ressurgir. Antes pós-morte, agora pré-morte, o testamento ganhou nova alcunha e novas funções: de mortal passou a vital. Se morrer sem um testamento era uma maldição no séc. XIII, viver sem um testamento vital pode ser igualmente uma maldição – ou pior – no séc. XXI. Se o testamento transmite a última vontade do morto, o testamento vital transmite a última vontade de quem ainda está vivo. A relevância vital daquele está na morte, a relevância mortal deste reside na vida.

Não desarrazoadamente, se assistiu, nas últimas décadas, à profusão de instrumentos jurídicos reconhecendo as diretivas antecipadas de vontade, nos planos nacionais e internacionais. Talvez essas novas cores espelhem mudança radical de pensamento: o reconhecimento da vontade de quem, apesar de não poder externá-la, ainda permanece vivo.

As diretivas antecipadas de vontade podem ser vistas sob duplo prisma. Elas podem se dotar de caráter vinculante, obrigando que suas prescrições sejam seguidas por médicos, curadores, representantes e familiares; ou de caráter programático, servindo apenas de critério para que as decisões sejam tomadas efetivamente por outrem, geralmente médicos ou representantes (CORRÊA, 2010a, p. 125).

Em geral, os ordenamentos jurídicos recepcionam as diretivas antecipadas de vontade com caráter meramente programático, como faz, por exemplo, a Resolução nº 1.995/2012 do CFM (“o médico levará em consideração suas diretivas”). Outros, porém, estabelecem que as diretivas são vinculantes, podendo aquele que as implementará

afastá-las somente havendo motivo relevante (caducidade, ilegalidade das prescrições etc.), como ocorre na Lei da Eutanásia belga.

Comumente, há conexão entre a consideração das diretivas antecipadas com caráter vinculante e um ordenamento jurídico com grau de autonomia maior da pessoa quanto às escolhas terminais. De outra banda, há conexão entre a consideração das diretivas antecipadas com caráter programático e um ordenamento jurídico com grau de autonomia menor da pessoa relativamente às decisões de fim de vida.

A Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina (Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade dos Seres Humanos Referente à Aplicação da Biologia e da Medicina, Convenção de Oviedo de 1997), prevê, em seu art. 9º, que “os desejos previamente expressados relativamente a intervenção médica por um paciente que não está, ao tempo da intervenção, em situação de expressar seus desejos devem ser tomados em conta” (COE, 1997).

Veja-se que a Convenção diz que a vontade do paciente deve ser “levada em conta” e não que ela é cogente. O Código de Deontologia Médica italiano trata da autonomia da pessoa em relação às diretivas antecipadas em seu art. 38, usando a mesma expressão da Convenção (FENOMCEO, 2006).

O significado da expressão “tomar em conta” a vontade do paciente, derivada da Convenção de Oviedo, é alvo de controvérsias. Exclui-se, de antemão, que o médico possa ignorar a vontade expressa; de outro lado, exclui-se que as diretivas tenham eficácia vinculativa. Sua redação apara a cabeça e a cauda do problema, deixando ao operador uma margem de discricionariedade na resolução dos casos concretos (CASONATO, 2010, 326).

É possível, porém, interpretar a expressão diversamente, de modo a dar maior peso à autonomia do paciente, como faz, inclusive, o Comitê Nacional de Bioética do país. “Tomar em conta” significa que o médico deve declinar exauriente e especificamente sua motivação para não respeitar a vontade da pessoa previamente expressa. Essa escolha deve ficar registrada no prontuário do paciente, de modo a evitar a arbitrariedade do juízo médico, de uma banda, e ajudar ao profissional numa eventual defesa quanto ao questionamento de sua conduta, de outra banda (CASONATO, 2010, 327).

No Brasil, o CFM foi responsável por trazer ao ordenamento jurídico nacional as diretivas antecipadas de vontade em termos “legislativos”. A base da Resolução nº 1.995/2012 é o *Patient Self Determination Act* – PDSA (EUA, 1990), aprovado em 1990, nos EUA, na esteira dos famosos casos Quinlan e Cruzan, que objetivava oportunizar às pessoas a participação e direção nas decisões de saúde que as afetam.

Emendado o *Social Security Act*, o PDSA, em resumo, determina que os provedores de saúde informem em detalhes as pessoas sobre as possibilidades e limitações relativas aos direitos de aceitar e recusar tratamentos médicos, bem como exige que as diretivas antecipadas de vontade sejam respeitadas – de acordo com os limites legais – e documentadas nos prontuários médicos.

Ao final, o PDSA exige que o Ministério da Saúde crie políticas públicas para difundir as diretivas antecipadas de vontade e implemente um projeto-piloto em alguns Estados federados para informar ao público acerca da opção de redigir as diretivas. O objetivo seria verificar a relevância e a penetração das diretivas perante o público. Tendo o PDSA em mente e as várias discussões havidas internacionalmente nos anos 1990 e 2000, o CFM trouxe à lume a referida Resolução.

Cinco foram as justificativas (CFM, 2012). Primeiro, a dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida, que afetaria 95% das pessoas. Segundo, a receptividade de 90% dos médicos às diretivas antecipadas de vontade. Terceiro, porque “muitos pacientes consideram bem-vinda a oportunidade de discutir antecipadamente suas vontades sobre cuidados e tratamentos a serem adotados, ou não, em fim de vida”. Quarto, os Códigos de Ética Médica espanhol, português e italiano trazem “o dever de o médico respeitar as diretivas antecipadas do paciente, inclusive verbais”. E, por fim, ante a raridade de Comitês de Bioética nos hospitais, é necessário que sejam eles criados para dar suporte aos médicos em caso de conflito moral.

Por isso, considerando “a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente”, “a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade” e a dificuldade enfrentada pelos profissionais médicos nesses casos, é necessário o estabelecimento de normas éticas básicas. A Resolução



reconhece que as novas tecnologias permitem que tratamentos desproporcionais podem apenas prolongar o sofrimento, sem qualquer benefício.

Há, nesses pontos, o reconhecimento de alguns pontos de suma relevância, alguns já tratados anteriormente e outros centrais aqui. Chama a atenção que a Resolução pretenda prestigiar a discussão médico-paciente quanto aos tratamentos de saúde, bem como reconhecer a fundamentalidade da autonomia da pessoa nessas discussões. Seu art. 2º, *caput*, reproduz os termos da Convenção de Oviedo de 1997 e o Código de Deontologia Médica italiano: “o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade”.

Não obstante essa abertura, o paternalismo médico ainda fica patente na Resolução. O art. 2º, § 3º, deixa claro que as “diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares”. Ou seja, prevalece a autonomia em relação a todos, exceto ao médico. A decisão médica continua soberana, a despeito da “consideração” que ele fará sobre a informação fornecida pela pessoa ou seu representante.

Ademais, ao definir as diretivas antecipadas de vontade (“o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”), a Resolução não trata de sua forma ou conteúdo.

O limite à aplicação das diretivas antecipadas de vontade sequer é a Lei, mas “os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica”. Ainda que seja de se esperar que esses preceitos estejam de acordo com as normas jurídicas, o art. 2º, §2º, da Resolução, curiosamente não remete à inaplicabilidade das diretivas à violação da lei, mas à violação dos preceitos médicos.

Trata-se de evidente empoderamento das normas médicas, que apesar de não terem força de lei, “força de lei” têm, sob aspecto normativo amplo. Fazem parte da *soft law*, que preenche o vazio legislativo em se tratando do tema. O primeiro “considerando” da Resolução é contraprova disso (“inexistência de regulamentação”), pelo que a norma médica se transforma, no plano argumentativo, em fonte normativa jurídica, mesmo que sutilmente. Por isso, fora ela desafiada junto ao Poder Judiciário, ainda que sem sucesso.

Algumas preocupações parecem permear a legislação, a literatura jurídica e a jurisprudência da mesma maneira, ainda que de modos diferentes. São questões relativas à forma exigida, à atualidade da vontade, à dificuldade em presentificar vontade pretérita a contento, aos avanços tecnológicos ocorridos nesse meio tempo, à necessidade de se pormenorizar mais ou menos as diretivas etc.

O debate maior parece ser “como” as diretivas devem ser usadas e não “se” devem. Um estudo demonstrou que apenas 22 das 688 diretivas escritas por pacientes terminais foram julgadas suficientemente explícitas para guiar o médico, pelo que se recomenda que nelas seja sempre estabelecido um mandatário, em conjunto. Igualmente, de 69% a 87% das pessoas internadas nos EUA não contam com diretivas e, quando contam, é comum que os médicos as ignorem (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 190).

O estudo SUPPORT – *Study to understand prognoses and preferences for outcomes and risks of treatment* – analisou essas questões. Na primeira fase, 4.301 pacientes admitidos em UTIs norte-americanas foram analisados. Desses, 618 disseram ter diretivas, mas, isso foi mencionado nos prontuários médicos em apenas trinta e seis casos (5,8%) e em apenas dois eles, efetivamente, constaram dos prontuários. Na segunda fase, os pesquisadores tentaram aumentar a comunicação no processo decisório de 4.804 pacientes, informando a eles sobre as suas preferências, trazendo as diretivas escritas e cultivando a participação familiar nas discussões.

O resultado mostrou que as diretivas antecipadas, em si, não tiveram impacto algum no tratamento de pessoas severamente doentes, em relação ao processo decisório, ao uso dos recursos hospitalares, ao controle de dor, à satisfação do paciente, à prática médica, à aplicação de reanimação cardiopulmonar, à ordem de não ressuscitação, mesmo em relação àqueles pacientes que tinham diretivas claras a respeito de ordens de não ressuscitação. Aparentemente, as diretivas mostraram-se inúteis na prática.

Comparando-se a situação estadunidense com a situação neerlandesa ou belga, há possível distorção nos dados daquele país por conta da ausência completa de regulamentação. A autonomia do paciente em termos de decisão terminal é altamente desregulamentada, o que pode gerar desconfiança generalizada quanto à adequação

das escolhas feitas, especialmente porque no país não há consenso sobre a aplicabilidade dessas decisões.

Não basta simplesmente permitir que as diretivas antecipadas de vontade sejam redigidas pelas pessoas. Muitas delas sequer as mencionam ao médico, como visto; quando mencionadas, muitas delas são ignoradas e não constam dos prontuários. Para que sejam efetivas, e não apenas falseiem à pessoa que ela tem alguma autonomia decisória, numa manutenção sub-reptícia do paternalismo médico, elas precisam ser cuidadosamente feitas e adequadamente transmitidas.

Seria desejável que a pessoa soubesse que a doença se desenvolve de modos diferentes nas diferentes pessoas; que ela entendesse que a doença é progressiva e que exige cuidados diversos ao longo do tempo; quais seriam os possíveis estágios e as possíveis situações mais ou menos invasivas. Igualmente, seria desejável que ela tivesse a oportunidade de conversar com profissionais de saúde especializados, que pudessem informá-la adequadamente sobre o diagnóstico e desenvolvimento da doença e que pudesse discutir com eles as potenciais escolhas que pretendia fazer (DRESSER, 2009, p. 67).

Em realidade, dá-se autonomia à pessoa, permitindo-lhe decidir sobre sua própria vida sem informações suficientes ou com informações desacertadas. E o que é pior, interferências nessas escolhas – como a exigência de que a pessoa tenha conhecimento razoável sobre as escolhas feitas – são consideradas uma forma indevida de paternalismo e, por isso, afastadas de pronto. Igualmente, desconsidera-se que a pessoa, desde o pretérito, possa ter mudado de opinião, havendo ou não conexão da mudança com a doença (DRESSER, 2009, p. 68).

O risco que se tem é de que aquilo que se quer não seja respeitado. É muito comum que os médicos simplesmente ignorem as diretivas antecipadas de vontade, como visto, precisamente porque elas são excessivamente vagas, ambíguas ou contraditórias. Determinados ordenamentos jurídicos exigem que as declarações sejam ratificadas ao longo do tempo, sob pena de caducidade.

A necessidade de contextualização exige do médico a aplicação das diretivas não de maneira mecânica, mas as valorando no presente, numa equalização da situação clínica do paciente e dos avanços médicos e farmacológicos. Há, portanto, margem de

discrecionalidade que se abre ao médico (CASONATO, 2010, p. 328), quiçá numa revitalização da aplicação da cláusula medieval *rebus sic stantibus*.

A possibilidade de não aplicar as diretivas, ao contrário de as enfraquecer, fortalece-as, dado que serão vinculantes se não se demonstrar que o desenvolvimento de algum tratamento as expirou. Não é de se esperar que as pessoas se mantenham cotidianamente atualizadas sobre os diversos tratamentos médicos existentes nas situações de fim de vida e muito menos que saibam dos potenciais avanços previstos.

Outra questão problemática surge quando as diretivas são redigidas de maneira genérica. Esse, infelizmente, é um problema que parece ser bastante comum nos ordenamentos jurídicos nos quais elas são reconhecidas e aplicadas com certa regularidade. Ele parece bastante comum, também, pelo próprio perfil daqueles que as redigem: pessoas sem conhecimentos técnicos médicos aprofundados, naturalmente.

Parece duvidoso exigir que o paciente insira dados de caráter técnico-médico, como percentual de sucesso, modalidades de administração de tratamentos, contraindicações, efeitos colaterais não desejados, alternativas possíveis etc. Isso porque as escolhas sobre tratamentos dessa natureza obedecem a escolhas morais e pessoais, raramente se caracterizam como escolhas técnicas ou especializadas (CASONATO, 2010, p. 329).

Kerridge, Lowe e Mcphee (2005, p. 195) afirmam que a literatura médica abalizada propõe que o processo de planejamento de tratamentos médicos deve levar em consideração que as diretivas antecipadas:

1. sejam feitas pelo paciente competente (e quiçá haja uma avaliação formal de sua capacidade na formulação) com documentação que ateste tal condição anexada às diretivas;
2. sejam feitas com base no consentimento informado;
3. sejam ativadas apenas quando o paciente se tornar incompetente;
4. tenham a possibilidade de revogação a qualquer tempo, verbalmente ou por escrito;
5. sejam cuidadosamente redigidas e validadas;
6. empreguem terminologia médica e terminologia leiga;
7. sejam simples e concisas;

8. tragam declarações em relação a doenças específicas, como, por exemplo, preferências sobre ventilação em limitações crônicas aéreas;

9. incluam declarações sobre tratamentos específicos, como preferências para ventilação cardiorrespiratória, cuidados intensivos, nutrição e hidratação artificiais e cuidados paliativos (talvez incluindo referências sobre cenários clínicos);

10. incluam declarações pessoais sobre seus *valores de vida individuais* para que a equipe médica e o mandatário possam levar em consideração quando das decisões sobre seu melhor interesse – incluindo a indicação do que a pessoa considera uma qualidade de vida inaceitável;

11. deem guia tanto para a continuidade quanto para a recusa de tratamentos;

12. permitam a nomeação de um mandatário (*proxy decision-maker*), incluindo dados para contato;

13. permitam revisão periódica e validação de cada uma das revisões;

14. sejam assinadas pelo paciente, pelo médico e pelo mandatário nomeado;

15. cópias sejam dadas ao paciente, ao procurador, ao médico do paciente e ao consultor jurídico do paciente. Uma cópia deve ser incluída no prontuário médico do hospital. O paciente deve também carregar um cartão pessoal que indique que ele tenha redigido diretivas antecipadas de vontade;

16. tenham sido discutidas com o médico do paciente, o procurador apontado e os familiares escolhidos;

17. sejam oferecidas num cenário clínico, não administrativo;

18. sejam incorporadas, no processo de planejamento de tratamento, uma série de consultas e decisões entre o paciente e seu médico;

19. sejam incorporadas em programas educacionais para os provedores de saúde (médicos, enfermeiros, assistentes sociais etc.) e para os consumidores (grupos de apoio a pacientes, p.ex.).

Segundo os autores (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 196), as diretivas antecipadas de vontade devem ser o resultado de um processo interativo, que documenta as consequências de um longo procedimento. O objetivo das diretivas não é completar um formulário, mas a comunicação efetiva, livre e informada sobre decisões. Se o processo decisório não é informado, ou a comunicação é inadequada, ou se indica um

mandatário que não conhece os valores e preferências do paciente, as diretivas serão certamente inúteis e falharão no seu intento.

As diretivas antecipadas de vontade devem ser contextualizadas na prática médica não como um objetivo, mas como um instrumento para potencializar a autonomia da pessoa. A autonomia, por si só, pouco ajuda e pouco impacto tem se descolada de um procedimento que sinceramente possa dar vazão adequada aos anseios das pessoas. Simplesmente distribuir formulários *prêt-à-porter* sobre decisões de fim de vida não parece nem efetivar a autonomia da pessoa nem tornar a prática médica melhor; ao contrário, apenas esmaece a liberdade e traz a percepção de que ela não é respeitada pelos médicos.

Pode-se recorrer às diretivas antecipadas formuladas de outra forma. O “mandato vital” é o documento pelo qual a pessoa nomeia uma pessoa de confiança (*trusted person* ou *personne de confiance*), próxima de si, para que seja consultada e informada sobre o tratamento e para tomar as decisões de fim de vida. Pode-se combinar o mandato com as diretivas propriamente ditas, ou seja, a pessoa estabelece um mandatário com algumas diretivas gerais ou ainda relega a ele o poder de decidir no caso de desatualização ou omissão das informações contidas nas diretivas.

Na Itália, há a previsão, nos arts. 406 e ss. do Código Civil, da figura do administrador de suporte. Nos casos em que a pessoa, por efeito de enfermidade, física ou psicológica, fica impossibilitada, ainda que temporária ou parcialmente, de cuidar dos próprios interesses, pode ser assistida por um administrador de suporte, que é nomeado pelo juiz, caso a pessoa não o tenha feito por escritura pública ou documento particular autenticado. Evita-se, com isso, a necessidade de recurso à interdição ou inabilitação, via extrema, lenta e custosa de administração dos interesses alheios (CASONATO, 2010, p. 330).

No Brasil, a Resolução nº 1.995/2012, do CFM, também trouxe a figura para o ordenamento jurídico pátrio. O art. 2º, § 1º, estabelece que “caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico”. Não vale entrar, novamente, na questão do paternalismo médico, evidenciada nesse dispositivo pelo trecho no qual o médico apenas “leva em consideração” as informações trazidas pelo representante.

A questão maior é que a Resolução trata a pessoa indicada como “representante”, ainda que limitadamente aos fins da própria Resolução. Vale dizer, o representante indicado nas diretivas antecipadas não é a figura do representante legal, do mandatário, mas representa a vontade do paciente nas situações terminais. Surge o problema, reforçado pela natureza jurídica dessa norma, de possíveis conflitos entre as informações prestadas pelo “representante terminal” e as prestadas pelo representante legal.

Sem adentrar nas questões mais profundas, a solução é bastante simples. Do ponto de vista jurídico, o representante legal se sobrepõe a um representante “não legal”, como a figura trazida pela Resolução. Do ponto de vista médico, igualmente, há pouca controvérsia, já que o médico apenas “leva em consideração” a informação do “representante terminal”, pelo que provavelmente levará em consideração também a informação do representante legal, ou mesmo ignorará ambas.

Nada obstante, a questão de fundo passa ao largo dessas duas soluções, qual seja a vontade da pessoa, oriunda da objetivada autonomia em questões desse tipo. Tanto a solução médica quanto a solução jurídica, mais uma vez, escamoteiam o cerne da questão: a autonomia da pessoa. Novamente a pessoa deixa de ser sujeito para se sujeitar, tornar-se objeto de disputas médico-jurídicas, e a Resolução nada colabora nesse aspecto.

Ou o direito tornará inócua sua escolha, sobrepondo o representante legal ao “representante terminal”, ou a medicina ignorará sua decisão, não levando em consideração a autonomia do doente. A Resolução, que merece elogio por aclarar as possibilidades acerca das diretivas antecipadas de vontade, merece crítica por agrilhoar a autonomia da pessoa e torná-la mero adereço nas decisões de fim de vida pautadas pelo paternalismo pretensiosamente voltado a proteger essa mesma pessoa.

Pode-se elencar algumas das razões para que a autonomia da pessoa gozasse de tão pouco prestígio – já na década de 1970, quando as primeiras decisões concernentes aos temas da bioética começaram a aparecer – tanto na medicina quanto no direito, permitindo que ela fosse – e ainda seja – constantemente limitada e objeto de crítica e desconfiança generalizada (CORRÊA, 2010a, p. 130):



O predomínio das questões patrimoniais nas preocupações com a liberdade individual; a ideia de que há um interesse público na preservação da vida e da integridade física; a confiança na ciência, justificadora do dever do médico de fazer o bem conforme a prática e o conhecimento médicos; a ausência de tratamentos invasivos e sofisticados que oferecessem efetivamente alternativas ao paciente.

Boa parte dessas razões continua a ser levantada quando se discutem as decisões de fim de vida, e a maioria – se não todas – se mostra insuficiente. É necessário avançar, eis que o consentimento da pessoa se mostra adequado para permitir que ela própria retome os rumos de sua biografia e possa decidir sobre seu próprio fim. Se a autonomia é corolário de uma morte digna, a dignidade da pessoa humana não pode passar ao largo da discussão.

### **2.3 Dignidade da pessoa humana na morte**

O aumento da idade média da população tem como consequência direta o aumento de pessoas doentes, que eficazmente convalescem, mas não são curadas; assiste-se a uma explosão do número de pessoas incapacitadas, não autossuficientes, com doenças crônicas e invalidantes. Grande parte dessas pessoas vive com dor e em desanimadora solidão (MARINO, 2010, p. 174).

O crescimento da expectativa de vida teve impacto profundo também na própria forma de se encarar a morte. Até o séc. XIX, a morte era recorrente, fazia parte do risco cotidiano da vida, nunca era uma surpresa brutal, já que desde a infância se a esperava, mais ou menos. Ela ocorria frequentemente nas pequenas comunidades, em caráter bastante público. A partir do séc. XIX, junto com a “redução” da comunidade às pessoas bem próximas (em geral apenas o casal e os filhos), a alta expectativa de vida tornou a morte incomum para as pessoas (ARIÈS, 2014, p. 785).

Essa realidade, bastante diversa da existente há até poucas décadas, se defronta com problemas novos, que implicam a pesquisa de soluções igualmente novas e o aprofundamento cultural ou mesmo existencial dessas questões. Passou-se a conviver com um nível de dor desconhecido no passado, com doenças crônicas, incuráveis e como limitadores bastante objetivos a uma vida não plena, de vidas que podemos definir como “suspensas” (MARINO, 2010, p. 175).

As mudanças sobre os hábitos de vida, sobre a expectativa de vida, sobre os tratamentos médicos, sobre as perspectivas do que sejam um corpo “saudável” ou “desejável” mudaram também as perspectivas que as pessoas têm sobre si mesmas, sobre seus corpos, sobre o que é a “vida digna de ser vivida”. “A mesma sociedade que cultua o corpo [...] também fez com que a morte fosse estranha aos homens e, desta forma, evitada a qualquer custo” (RÖHE, 2004, p. 61).

Não convém adentrar na questão de o nascituro ser, ou não, considerado pessoa e, portanto, extensível a ele a dignidade da pessoa humana ou meramente a dignidade da vida humana ou a dignidade humana. Igualmente, descabe trazer maiores distinções entre a dignidade da pessoa humana e a dignidade humana. São questões tangenciais à proposta, ainda que, com ela, existam conexões.<sup>78</sup>

A questão a ser enfrentada aqui remete à pessoa. Essa pessoa, dotada de vida e dignidade, simultaneamente às propriedades que o constituem, é o norte da discussão (KLOEPFER, 2009, p. 146). Vida e dignidade se interpenetram, mas não se confundem, não sendo a vida “receptáculo” da dignidade, nem a vida espécie de “direito-síntese”, como já exaustivamente visto.

Mas, é precisamente porque vida e dignidade são vistas de maneira conjugada, porque pessoas sem proteção à vida ou à dignidade são inimagináveis no ordenamento jurídico, que existe a tensão (KLOEPFER, 2009, p. 146). Nem mesmo a restrição bastante rígida da autonomia quanto às possibilidades de decisões de fim de vida permite que se visualize, de maneira absoluta, que a dignidade seja apenas consecutiva da vida.

Mesmo a compreensão de que a vida seja o receptáculo dos direitos, a “porta de entrada” dos demais direitos, não impede a oposição, em maior ou menor medida, à distanásia. O próprio Vaticano, reconhecido pela posição “antieutanásica”, não exige que os católicos se amarrem à vida a qualquer custo. O abuso de meios fúteis de prolongamento da vida é atitude sem sentido, inexigível de qualquer pessoa e não esperada do corpo clínico.

---

<sup>78</sup> Em apertada síntese, pode-se dizer que a dignidade humana é vista sob uma perspectiva social, ao passo que a dignidade da pessoa humana remete à perspectiva individual e necessita do termo “humana” apenas para aclarar que a pessoa jurídica não se encontra sob proteção dessa noção. A dignidade da vida permite análise ecocêntrica, geral, ao passo que a dignidade da vida humana remete a perspectiva antropocêntrica (SOUSA, 2011, passim).

Não obstante essa percepção, é recorrente a compreensão de que a disponibilização da própria vida não deixaria intacto o respeito de todas as vidas à dignidade humana enquanto tal. Ao contrário, não se deixar morrer evidenciaria a configuração de um dever moral de defesa da tutela humana, não mais em relação ao Estado, como já se defendeu, mas em relação à defesa de uma abertura solidarista que seria distintiva da própria noção de dignidade humana (EUSEBI, 2009, p. 214).

Vale dizer, componente intrínseco da dignidade humana seria a defesa dela por todos os seres humanos. Por isso, não poderia haver um abandono do princípio da indisponibilidade da vida no âmbito médico, já que a vida serviria como defesa, e não como limite, à dignidade humana (EUSEBI, 2009, p. 220). Só haveria autonomia quando o sujeito pode exercê-la; se se encontra em situação na qual não pode exercê-la, pareceria defensável o paternalismo médico, de modo a possibilitar, posteriormente, o exercício da autonomia pela pessoa (O'NEIL, 2009, p. 27).

Igualmente, a relação intersubjetiva entre o médico e o paciente seria alterada, passando-se da produção da cura para a produção da morte. O direito, então, teria o dever de, em vista de proteger a dignidade, que é também da comunidade, impedir que um indivíduo dispusesse de sua vida. Na “batalha cultural” da humanidade, a conquista da dignidade fora dura, pelo que seria ela inegociável, tornando-se necessário “filtrar” as escolhas individuais.

A integridade e a integralidade da vida humana reclamariam preservação da vida humana. Seria ilógico se aceitar que algo “é” bom a alguém que simplesmente “não é”; pelo que, por obviedade, seria necessário que a pessoa continuasse a “ser” para que algo de bom lhe fosse dado. Eventualmente, o benefício visado seria, não intencionalmente, letal, como no caso dos cuidados paliativos, mas sempre deveria haver um beneficiário para o benefício (KASS, 2009, p. 352).

As sociedades contemporâneas dão grande significância à simbólica alternância entre o dia e a noite. O dia se volta à vida social e à razão, ao passo que a noite é abandonada ao medo e à violência; o pôr do sol marca o limite entre o direito e o não direito (OST, 1999, p. 164). A morte, “longa e infinita noite” é espaço de não direito, espaço cuja negação do direito exige rechaço; daí a compreensão de que não seria lógico aceitar que algo “é” bom a alguém que simplesmente “não é”.

Por consequência das decisões de fim de vida, a pessoa, individualmente, iria reduzir a dignidade da pessoa humana a argumento retórico, já que ela mesma contribuiria para que as demais vidas humanas não fossem respeitadas. Por isso, a dignidade da pessoa humana não permitiria que uma pessoa, singularmente, esvaziasse lentamente o conteúdo axiológico contido no princípio, forjado para toda a comunidade, indistintamente.

Essas percepções obedecem a juízos irrefletidos e um tanto perigosos. “Tradicionalmente, o que se sustenta é que a vida humana constitui bem jurídico de titularidade social, não individual, e o princípio da indisponibilidade da vida é consequência dessa assertiva” (SÁ, M., 2001, p. 178). Vale dizer, a vida é indisponível porque apenas a comunidade pode autorizar sua disposição, ou somente poderia haver disposição se isso não ferisse a “dignidade” comunitária.

Há revisitação do argumento de que a vida, apesar de sua individualidade, não pertence apenas ao indivíduo, mas também à coletividade, num sentido metafísico. A dignidade da pessoa humana não pode ser “filtrada” pela comunidade, ainda que tenha ela uma dimensão social. Essa dimensão social, não obstante, não carrega esse sentido de que a vida ou a dignidade não pertencem somente ao indivíduo, mas a uma pretensa comunidade amorfa.

Tal perspectiva parece uma adaptação da imagem dos “dois corpos do rei” dos juristas ingleses. A pessoa reúne em si mesma duas qualidades: é um ser de carne, potência destinada à morte certa, e titular abstrato de dignidade que lhe sobrevive após o decesso; ela é mortal e imortal, ao mesmo tempo. Essa imagem exprime a vitória da morte e, simultaneamente, a vitória sobre a morte (OST, 1999, p. 258). A comunidade, assim, vence a morte, ainda que o indivíduo sucumba a ela.

Ademais, o paradigma de que o objetivo da medicina é a cura já se encontra desacreditado mesmo na medicina de cunho paternalista. Seu objetivo passou a ser compreendido como o “cuidado” (com a equivocidade não ignorada desse termo) da pessoa, não sua cura. Mesmo o médico que afasta a autonomia da pessoa numa decisão terminal, não o faz porque quer, em última análise, curá-la, mas porque quer cuidar dela.

Apesar de o paternalismo médico não se alterar automaticamente com essa mudança de paradigma, a prática médica muda, como se pode ver pelo crescente

afastamento da distanásia e pela abertura paulatina para as decisões de fim de vida. O argumento de que a relação médico-paciente passa a se pautar pela “morte” é desprovida de sentido e trata da questão de maneira inaceitavelmente superficial.

A pessoa que pode optar pela forma como conduzirá o término de sua biografia não é “abandonada” pela medicina, como se afirma (MILLER, F.; BRODY, 2009, p. 362; EUSEBI, 2009, p. 218; COLOMBO, 2010, p. 23). Ao contrário, abandona-se a pessoa quando a medicina, possuidora do instrumental técnico, afasta a autonomia do paciente para continuar a impor a continuidade de uma história cujo capítulo final já se iniciou, ao invés de continuar a lhe assistir até o fim, o seu fim.

A “construção principiológica de que a vida é um bem inviolável se fragiliza a partir das diversas concepções de vida boa” (SÁ, M.; MOUREIRA, 2015b, p. 310). Não se trata de dar à pessoa a falsa sensação de controle sobre a vida e a morte. A pessoa que irremediavelmente antevê a morte sabe que sua decisão vai, ao fim e ao cabo, tirá-la do controle. Se a sociedade fraterna e pluralista reconhece “a possibilidade de convívio de variados projetos de vida, a dignidade humana pressupõe, inclusive, uma autonomia para morrer” (SÁ, M.; MOUREIRA, 2015b, p. 311)

Via de regra, o pluralismo conceitual que circunda as decisões de fim de vida serve muito mais para isentar o médico de eventual responsabilidade e de legitimar, *tout court*, práticas eutanásicas proscritas. A percepção de que há como delimitar as intenções do médico ou do paciente, nesses casos, é falaciosa e serve meramente para manter pretensa segurança jurídica. Isso se mostra inócuo e não consegue nem impedir que as decisões terminais sejam tomadas e implementadas nem reverenciar a dignidade da pessoa humana.

Como disse o Ministro Ayres Britto, na ADI 3.510/DF, a “vida tão-só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar)” (STF, 2008, p. 65). O ponto de partida é certamente a dignidade da pessoa humana.

A Ministra Cármen Lúcia, na mesma ação, por sua vez, afiançou que “a Constituição garante não apenas o direito à vida, mas assegura a liberdade para que o ser humano dela disponha; liberdade para se dar ao viver digno”. De uma banda, permitir

“que alguém tenha esperança e possa lutar para viver compõe a dignidade da vida daquele que se compromete com o princípio em sua largueza maior, com a existência digna para a espécie humana” (STF, 2008, p. 209).

De outro lado, a dignidade da pessoa humana se mostra “numa postura na vida e numa compostura na convivência. Por isso a referência comum, hoje, à dignidade na morte, no processo que a ela conduz e no procedimento que se adota perante o sofrimento que pode precedê-la” (STF, 2008, p. 219). O princípio da dignidade da pessoa humana se aplica tanto à vida digna quanto à morte digna.

Os avanços da medicina, “ainda que à disposição da pessoa humana, devem ser vistos com cautela, afinal, necessitamos valorar as consequências acerca da vulnerabilidade que a mesma tecnologia pode causar na vida do indivíduo humano” (SÁ, M.; MOUREIRA, 2014, p. 40). Isso porque quando a pessoa “não é mais capaz de perseguir sua liberdade nem sua felicidade, quando lhe falta o desejo de viver e seu futuro parece um retorno ao estado infantil, que não comporte tratamento, o interesse em questão é individual”; por isso, “o direito à vida não poderia ser transformado em obrigação imposta pelo poder público” (GODOY, 2007, p. 26).

Vida segura não pode afastar o paciente sobre seu próprio destino; vida livre não pode relegá-lo à própria sorte; vida digna é o equilíbrio entre a informação e a responsabilidade (ESTEVES; MULTEDO, 2012, p. 316). Sendo o direito “um saber para a ação e para o comportamento social”, sua “finalidade é realizar determinadas ideias ou objetivos fundamentais à sociedade” (AMARAL, 2003, p. 64). O objetivo fundamental da sociedade brasileira é, certamente, a dignificação da pessoa humana.

Sendo a dignidade da pessoa humana a norma cardeal,<sup>79</sup> necessário tecer algumas considerações acerca da hermenêutica contemporânea a respeito. A noção de dignidade da pessoa humana assumida tem evidente conexão com o paradigma da vida concreta (LUDWIG, 2006, *passim*), ou seja, trata-se de princípio constitucional não apenas em sentido formal ou mesmo substancial, mas vai além.

---

<sup>79</sup> Irrelevante distinguir normas, regras e princípios ao longo do texto. Não obstante, segundo Canotilho (1991, p. 171-199), as regras e os princípios (preceitos nucleares) são espécies do gênero norma (que tutelam situações subjetivas); já Dworkin distingue regras de princípios pela natureza lógica: “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”, já os princípios “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (2009, p. 39-40).

Isso porque a constitucionalização do direito civil não cria apenas nova fundamentação para a autonomia privada, mas também método hermenêutico, aplicável às decisões de fim de vida, conseqüentemente. Por sua tríplice acepção, a constituição do direito civil é, ao mesmo tempo (FACHIN, 2015, p. 85-86):

Formal é a instância do sentido da regra positivada (na legislação constitucional ou infraconstitucional), com seus limites e possibilidades; substancial é a expressão normativa e vinculante dos princípios, expressos ou implícitos na ordem constitucional positivada, e que compõem o ordenamento; sua previsão explícita ou não é também elemento da unidade de sua compreensão e aplicação; e prospetiva é a atuação hermenêutica da construção permanente, correta e adequada, dos significados que se aplicam aos significantes que integram a teoria e a prática do Direito Civil.

Evidente que quando se fala em vida ou morte dignas não se remete à modulação feita pela filosofia da Antiguidade Clássica, que permitia modulação da dignidade “no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas” (SARLET, 2009a, p. 32). A “mesma eminente dignidade de filhos de Deus” (PÉREZ, 1986, p. 24) traçada pelo Cristianismo e secularizada pela filosofia kantiana e a perspectiva de que o ser humano não pode ser visto como meio, mas apenas como fim (KANT, 2005, p. 45), impede, aprioristicamente, qualquer tentativa nesse sentido.

Sua noção, fortemente influenciada pelo jusnaturalismo (FLORES, 2009), ganha dimensão plural e intersubjetiva com Hannah Arendt (2001, p. 16), quando a pluralidade se torna condição da ação humana. Quando o totalitarismo da 2ª Guerra Mundial reifica novamente o ser humano, tratando-o como descartável (ARENDT, 1989), a dignidade da pessoa humana assume o caráter nuclear da contemporaneidade e é positivada em sede constitucional e nos mais importantes tratados internacionais (SARMENTO, 2006, p. 88), de modo a se impedir que a dignidade seja afastada dos “excluídos” sociais (SILVA, 1998, p. 93).

De maneira contraditória, a defesa da sacralidade da vida nas situações terminais, de modo a afastar a autonomia da pessoa, passa pelo perigoso argumento usado na defesa das políticas do nacional-socialismo: o pertencimento da vida individual à “comunidade”, um desapossamento da vida individual. Ainda que sob pretexto e com objetivos diametralmente opostos, o fundamento da “dignificação” da vida é semelhante.



A revisitação do argumento, contemporaneamente, passa pela tipificação das condutas atentatórias da vida.

O pluralismo conceitual, aliado às normas penais, serve de escudo de proteção ao argumento da indisponibilidade (quase) absoluta da vida. A autonomia da pessoa quanto às decisões de fim de vida é frequentemente obstada, no plano argumentativo, pela característica “comunitária” da vida. Utiliza-se um argumento tipicamente totalitário para, pretensamente, defender a vida contra o totalitarismo, numa retórica perigosa, em tese baseada no caráter absoluto da dignidade da pessoa humana.

A dimensão histórico-cultural da dignidade da pessoa humana não está acima das especificidades culturais (SARLET, 2001, p. 109). Seu postulado de solidariedade social, que pretende a criação de instrumentos garantidores de existência digna, livre, justa e comum a todos (MORAES, 2003, p. 81-116) não permite interpretação que ressignifique a vida de modo a entendê-la como pertencente à “comunidade”.

Mesmo a “dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas” (SARLET, 2009b, p. 24), não tem o sentido “comunitário” supramencionado, porque não se pode, de modo algum, mitigar-se o aspecto individual da dignidade da pessoa humana em prol de seu aspecto intersubjetivo. É, portanto, de se rechaçar qualquer tentativa de, a propósito de uma dimensão social ou intersubjetiva da dignidade da pessoa humana, reconhecer a indisponibilidade absoluta da vida ou da mitigação extrema da autonomia da pessoa em fim de vida.

A dignidade da pessoa humana é noção em permanente construção (ROCHA, 1999, p. 24), cujas dimensões se encontram em processo constante de mutação (HÄBERLE, 2009, p. 101). Ela encerra conteúdo, além de normativo, axiológico, vale dizer, expressa o valor da pessoa humana (AZEVEDO, 2002, p. 12), como valor que “anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico” (COSTA, 2001, p. 75).

A dignidade da pessoa humana, “princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional” (FACHIN, 2006, p. 179-180), transforma a pessoa em “indivíduo conformador de si próprio e da sua vida” (CANOTILHO, 1998, p. 219). Significando “muito mais do que mera retórica política e forense” (STARCK, 2009, p. 212), “nossa Constituição é acima de tudo a Constituição da pessoa humana por excelência” (SARLET, 2001, p. 113).

Já se tentou fixar um conceito para a dignidade da pessoa humana.<sup>80</sup> Não obstante, na esteira de Canotilho (2001, p. 34-35), a emolduração de um conceito significa perder parte da proteção que ela oferece. Igualmente, a fixação conceitual parece ser excessivamente artificial, já que a técnica dos conceitos é de fragilidade flagrante em casos como esse.

Segundo Larenz (1969, p. 506-511), a ciência jurídica necessita construir conceitos e os ordenar num sistema. Essa abstração isolante consiste na apreensão de determinadas características dos objetos, individualmente, dissociando-as do próprio objeto e uma das outras, e, ao mesmo tempo, universalizando-as com nome próprio. As qualidades que a coisa tem para além dessas é irrelevante, porque o objeto não é apreendido na plenitude de suas características, mas apenas “enquanto” se identifica com um aspecto geral determinado.

Por isso, agrilhoar a dignidade da pessoa humana num conceito significa abstrai-la (o que vai de encontro à sua fundamental característica substancial) e, ao mesmo tempo, deixar de apreender a plenitude de seus elementos. Igualmente, compreendê-la como um conceito vai de encontro à própria tese deste trabalho, já que o pluralismo conceitual, se aplicado à dignidade da pessoa humana, gerará os mesmos problemas apresentados pelas decisões de fim de vida: sobreposição, contradição e, em última análise, reificação da pessoa.

A dignidade da pessoa humana deve ser vista com viés “necessariamente aberto, relacional e comunicativo e, para além disso, histórico-cultural, [que] não pode servir como justificação para uma espécie de fundamentalismo (ou tirania) da dignidade” (SARLET, 2009b, p. 139). A dignidade da pessoa humana é necessariamente plural, e torna inadmissível que a pessoa seja utilizada como instrumento na busca de objetivos pretensamente superiores (MEIRELLES, 2000, p. 163).

---

<sup>80</sup> “Assim, tenho por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”. In: SARLET, 2009b, p. 64.

Quando usada para justificar o abandono da autonomia da pessoa em suas decisões de fim de vida, a dignidade se instrumentaliza em prol da “defesa de todas as vidas”, um objetivo pretensamente superior. Quando se usa a dignidade da pessoa humana para justificar a indisponibilidade da vida, que, em tese, será mitigada pelo “efeito dominó” subsequente, ela é instrumentalizada na busca de um objetivo pretensamente superior que sequer é real.

É muito comum se pretender limitar a autonomia quanto às decisões de fim de vida a partir do “efeito dominó”. Não são poucos os que lançam mão desse argumento. Aplicando-se esse recurso retórico-argumentativo, a permissão à minha rachadura ao princípio da sacralidade inevitavelmente levará à perda da dignidade construída ao redor do direito à vida.

Por isso, é necessário afastar de maneira inequívoca mais esse conceito do pluralismo conceitual que grassa nas decisões de fim de vida. Em regra, o “efeito dominó” que se abateria sobre as pessoas quando se permitisse a elas autonomia sobre as decisões terminais se liga com a eugenia<sup>81</sup> e com as práticas eugênicas havidas no seio da política do Estado Nacional-Socialista hitlerista.

---

<sup>81</sup> Wikler (2009, p. 518-521) explica como surgiu e se desenvolveu a eugenia na virada do século. Na esteira da teoria darwiniana da seleção natural e do impulso dado a ela pela genética mendeliana, Francis Galton compreendeu que à própria raça humana poderiam ser aplicadas as noções de herança genética, relativamente a talentos e virtudes de caráter e personalidade. A raça poderia ser “artificialmente” melhorada, de modo a oferecer vantagens aos descendentes.

Em 1883, ele cunha a expressão eugenia, definida com a ciência do aprimoramento da raça, que não trata apenas do acasalamento judicioso, mas que tende a dar às raças mais adequadas mais chances de prevalecer em face das menos adequadas do que aquelas geralmente teriam. A pesquisa, escorada em estatística, que ele criou para dar suporte às conclusões, o convenceu de que os talentos da sociedade seriam sobremaneira alargados se os membros de famílias favorecidas tivessem uma taxa de natalidade maior, a chamada eugenia positiva. Haveria um balanço necessário a ser feito com o desencorajamento da taxa de natalidade daqueles que tinham menos a oferecer, a eugenia negativa.

O sucesso de Galton foi quase instantâneo, especialmente porque Darwin declarou ser ele mesmo favorável à tese. Entre as décadas de 1880 e 1920, as ideias de Galton se espalharam por diversos países, da União Soviética aos EUA, da Noruega ao Brasil. Nos anos seguintes, ela era ensinada nas grandes universidades e passou a constar obrigatoriamente dos manuais de biologia padrão.

O movimento, então, começa a ser introduzido no discurso público e passa a chamar a atenção do público para o estrago que um ato reprodutivo não muito sábio poderia causar numa família, contaminando-a por incontáveis gerações. Os eugenistas concordavam que a raça humana estava em declínio, mas discordavam tanto em relação à causa quanto em relação às soluções.

Quanto às soluções, aos alvos legislativos e às propostas práticas o consenso era distante. A maioria alvitava uma limitação à eugenia positiva, de modo a criar benefícios às famílias dos “bem-nascidos”. Outros, particularmente nos EUA, Escandinávia e Alemanha, não hesitavam em ampliar os objetivos à eugenia negativa, com medidas coercitivas, como a segregação sexual e a esterilização forçada.

Galton propunha, no âmbito do movimento mainstream, que aqueles cuja excelência social os distinguíssem dos demais possuíam, então, um talento inato. Por isso, a maioria dos eugenistas passou

Na Alemanha, a assistência ao suicídio é atípica e há ampla autonomia do paciente para recusar ou solicitar a retirada de tratamentos, mesmo que a consequência direta seja a morte. No entanto, o suicídio assistido médico não é realizado no país não por proibição legal, mas por conta de regra expressa do Código de Ética da Associação Médica Alemã – *Bundesärztekammer* – semelhante ao CFM (BATTIN, 2009, p. 275). Isso demonstra que a associação entre as práticas eutanásicas e o nazismo é feita, dadas as cicatrizes dos horrores do Holocausto.

---

a identificar o status social como reflexo das capacidades individuais das pessoas e uma indicação de quais eram os melhores genes a serem passados adiante.

Os “eugenistas reformados”, sobretudo os socialistas, apesar de não concordarem com diversas conclusões dos eugenistas mainstream, tomando em conta especialmente os desvios e o viés das pesquisas dos demais, concordavam com os objetivos eugênicos de melhoria da humanidade. Alguns chegavam a dizer que, numa sociedade cujas oportunidades não eram iguais a todos, como nos EUA, não era possível tornar sinônimo de melhores genes aqueles que tinham destaque social. Somente sob a batuta do socialismo se poderiam identificar os “talentos natos” verdadeiramente, encorajando-os a se multiplicar, dado que nesse sistema haveria, factualmente, igualdade.

As teorias eugênicas eram, assim, abraçadas por todos, ao seu próprio modo. A eugenia, vista como uma grande avenida de solução aos problemas sociais, seduziu a todos, incluindo os principais expoentes do estado de bem-estar social, como os progressistas, nos EUA, e o Partido Socialdemocrata escandinavo. Mesmo vertentes do movimento feminista ratificavam os argumentos eugenistas, identificando nele uma seleção sexual empoderadora feita pelas mulheres no aprimoramento da raça.

O movimento eugênico grassava a passos largos. Na Alemanha, não era diferente, e os eugenistas se digladiavam entre si, havendo movimentos eugênicos de esquerda, antissemitas, antirracistas e mesmo judeus. Com a vitória dos nazistas, foi imposto um modelo eugênico bastante conhecido, cuja principal característica era a busca de uma higiene racial sem limites. A eugenia se tornou elemento central da política nazi, junto com o romantismo nativista alemão, o mito do “ariano puro-sangue” e da nobreza dos ancestrais geneticamente superiores.

Curiosamente, as ações de esterilização em massa e eutanásia dos incapazes, de início, não se voltavam aos “outros”, mas aos próprios arianos, num autoexpurgo higienista. Dezenas de milhares de pessoas, em sua maioria crianças, foram sacrificadas com base na ideia de purificação da raça. Ulteriormente, o recrudescimento de políticas raciais, como a vedação ao casamento de arianos e judeus, a criação de tribunais genéticos a julgar a competência genética, as clínicas de aconselhamento matrimonial e, por fim, o Holocausto, tinham por objetivo prevenir que os genes ruins se perpetuassem na nação alemã doente, curada por Hitler, o médico.

Tudo respondia a um programa de eugenia, sob a perspectiva positiva e negativa; toda a Academia teve seu currículo reformado em prol do compromisso de participação na empreitada eugênica. Inicialmente, a propaganda nazista se espalhou rapidamente, e não foram poucos a aplaudir e tomar o modelo alemão como exemplo. Pouco tempo depois da descoberta dos horrores do Holocausto, houve uma “amnésia geral” – como diz Wikler – e junto com ela, a eugenia caiu em desgraça.

Ficou ela marcada como uma pseudociência, discriminatória, parcial e, na Alemanha nazista, violação em massa de direitos humanos. No entanto, a ideia básica de Galton de que é possível usar nossos conhecimentos sobre hereditariedade para melhorar a genética humana, sem os compromissos com os horrores das teorias para as quais foi instrumentalizada, parece começar a ficar popular novamente, ainda que sem que se recorra ao termo “eugenia” de maneira pública.

As políticas públicas da cidade-Estado de Singapura servem de exemplo de que a eugenia continua a ser praticada, publicamente, por intermédio das leis que dão incentivos a casais com educação superior para que tenham mais filhos e subsídios a casais pobres para manterem-se com apenas um (KELLY; MANGAN, 2014, p. 38-46; LOUHALA, 2004, p. 62).

Não obstante, a mistanásia nada tem a ver com as práticas eutanásicas ou com as decisões terminais. O extermínio em escala industrial de determinados grupos de pessoas não encontra escólio, de maneira alguma, com a “boa morte”, ou com o anseio pela “morte digna”. Trata-se pura e simplesmente de aborto, infanticídio, homicídio, limpeza étnica e crimes de guerra, sem qualquer correlação com a autonomia da pessoa em relação ao fim de sua história biográfica.

A oposição à autonomia terminal baseada na crença de que os holandeses e belgas movem-se em direção a um terreno bastante pantanoso, se reaproximando do nazismo (BATTIN, 2009, p. 275), é infundada. O apelo aos números “secos”, para demonstrar que há aumento nos casos de antecipação da morte de pessoas nesses países, como contraprova da “bola de neve” anunciada, é meramente retórica e não resiste à análise adequada da realidade.

Quando foi aprovada por breve período no Estado australiano do *Northern Territory*, a Lei da Eutanásia foi recebida com grande hostilidade pelas populações autóctones locais. Os aborígenes temiam, de um lado, que ela teria implicações negativas nas legislações tribais sobre a retribuição pela morte de alguém e, de outro, que os brancos teriam razões para lhes aplicar uma injeção letal sem muito cuidado, dado o histórico abusivo dos exploradores austro-britânicos (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 378).

Do outro lado do Pacífico, Koch (2000, p. 295-296) menciona que houve crescimento no pedido de suicídios assistidos nos EUA nos casos de SIDA avançada. Atravessando o Atlântico, o Sexto Relatório da Comissão Federal de Controle e Avaliação da Eutanásia belga (CFCEE – *Comisssion Fédérale de Contrôle et d'Évaluation de l'Euthanasie*), relativo ao biênio 2012-2013 (CFCEE, 2014), demonstrou que 21% dos pacientes que morreram tinham entre 60 e 69 anos, 28%, entre 70 e 79 anos, 26%, entre 80 e 89 anos e 7%, mais de 90 anos. Ou seja, apenas 17% das eutanásias causou a morte de pessoas com menos de 60 anos.

Ademais, o número de eutanásias não diminuiu um ano sequer, desde que a lei foi implementada. Se em 2005 foram 393 casos (CFCEE, 2006), em 2015, uma década depois, foram 2.022 casos. De 2007 para 2008 o número de requisições atendidas saltou 42.22%. Nos Países Baixos, em 2010 foram 3.136 casos, ao passo que, em 2015, foram

5.570. Nesse período de cinco anos, tanto nesse país quanto na Bélgica (de 953 para 2.022 casos), houve aumento de aproximadamente 100% de práticas eutanásicas (CFCEE, 2016).

Esses dados, usualmente apontados como “reveladores” do “efeito dominó” pretensamente já em curso, não significam grande coisa isoladamente. É falacioso argumentar, por variadas razões, que o aumento contínuo das práticas eutanásicas nesses dois países, ou que o temor sentido pelas populações autóctones australianas é prova de que a “sacralidade da vida” já tenha sido quebrada.

Na Holanda, a eutanásia data seus primeiros passos da década de 1980 e os estudos conduzidos na década de 1990 (*Rammelink Reports*) não mostram tendência nesse sentido. O aumento de casos relatados no país, e na vizinha Bélgica, não significa que a eutanásia está fora de controle. Primeiro, é de se esclarecer que a maior parte dos casos inseridos nos relatórios dos dois países corresponde a práticas já permitidas na maioria dos países, incluindo o Brasil.

No biênio 2014-2015, dos aproximadamente 4.000 casos de eutanásia praticados na Bélgica, 67,7% deles ocorreram após tratamentos paliativos que não mais tinham efeito. Em outras palavras, se o país não permitisse a eutanásia clássica, as pessoas morreriam em decorrência do duplo efeito dos cuidados paliativos, à exceção das que não o quisessem, evidentemente. A antecipação da morte, nesses casos, ocorreu geralmente já próxima da morte “natural”. Inclusive, em 85% dos casos, a morte “natural” está prevista para o curto prazo (CFCEE, 2016).

Mesmo os “1000 casos” holandeses se mostraram apenas uma crítica sensacionalista. Em 0,8% das mortes, a eutanásia havia sido realizada sem o consentimento específico e explícito do paciente. Porém, em 59% desses casos, o paciente já havia conversado extensamente com o médico, mas, no momento da formalização do consentimento, já se encontrava incompetente para tanto. Nos demais, o paciente sofria terrivelmente, sua vida fora encurtada em poucos dias e a decisão foi tomada pela família após extensa deliberação com o corpo clínico (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 375-376).

Em 2001, em outra pesquisa, os médicos se mostraram mais relutantes em levar a cabo os procedimentos, havendo grande proporção de casos em que eles se negam a



fazê-lo. Esses estudos vão de encontro ao argumento pretensamente lógico do “efeito dominó” frequentemente apresentado, ainda que certos pacientes não tenham deixado diretivas explícitas sobre tal pedido (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 376).

O impacto da legalização da eutanásia e do suicídio assistido nos Países Baixos e no estado americano do Oregon mostram que, à exceção dos pacientes com SIDA, o número de pessoas pertencentes aos 10 grupos de pessoas vulneráveis não aumentou ao longo dos anos. Idosos, mulheres, pessoas sem seguro-saúde, pessoas com baixo nível educacional, com deficiência física ou doenças crônicas, minorias raciais, pessoas de classes sociais desfavorecidas economicamente, menores emancipados e pessoas com doenças psiquiátricas não tiveram aumentos estatísticos de abreviação da vida em relação aos demais (BATTIN, 2009, p. 280).

Por isso, é possível se desvencilhar do problema apresentado pela questão sobre “quais vidas são dignas de serem vividas”. Isso porque essa pergunta é meramente retórica quando a resposta deixa de ser comparativa; não há vidas mais ou menos dignas de serem vividas, genericamente, já que o padrão que é necessariamente subjetivo. O argumento de que as decisões de fim de vida permitem a classificação de vidas como mais ou menos dignas, portanto, não subsiste, já que a comparação, se existente, é feita pela pessoa, relativamente a si mesma, impedindo-se de utilizar um “padrão de indignidade” generalizável.

O Caso Bouvia <sup>82</sup> talvez seja o mais complexo de se analisar. Usado como exemplo dos perigos da eutanásia e de como pode ela ser utilizada para fins escusos,

---

<sup>82</sup> Segundo Clark (2011, p. 47-49), em 1983, Elizabeth Bouvia, então com 25 anos, foi de carona até o Riverside General Hospital, na Califórnia, quando ainda morava no Oregon, estado vizinho. Ela, que já havia tentado se suicidar por mais de uma oportunidade, requereu que fosse deixada sozinha, sem que ninguém entrasse em contato para que ela morresse de inanição “em paz”.

Por conta de uma paralisia cerebral, ela tinha pouquíssimos movimentos, como alguns dedos de uma das mãos e alguns músculos faciais, que permitiam que se alimentasse sozinha, engolissem e falasse. Ela também sofria de artrite severa, osteoporose, espasmos contínuos e escoliose, que lhe causavam dores tormentosas cotidianamente.

A Suprema Corte da Califórnia, confirmando a decisão de primeiro grau, negou seu pedido, afirmando que ela tinha o direito de tirar a própria vida, mas não com ajuda do Estado (ela estava no Hospital às expensas de um plano de saúde federal), pelo que se determinou a nutrição forçada. Em 1985, ela foi forçada a dar entrada em um *hospice* para tratar de suas dores crônicas e pouco mais de dois meses depois foi dispensada do nosocômio, para se tratar autonomamente, já que as doses de morfina prescritas eram capazes de controlar a dor.

Nesse ano, ela move nova ação, requerendo que seu tubo de alimentação nasogástrico fosse retirado. Quando o caso é decidido, Bouvia já estava viciada em morfina, e, a despeito da vitória, sem apresentar razão, decide por não mais retirar o suporte de nutrição, apesar de afirmar categoricamente que preferia



Bouvia passou por diversas situações inenarráveis ao longo de sua vida. De um lado, teve a nutrição artificial forçada administrada sob ordem da Suprema Corte da Califórnia, após grande movimentação de grupos pró-vida, bem como acabou viciada em morfina, após ser forçada a se internar em um *hospice* para controlar sua excruciante dor.

Por outro lado, esse caso escancarou a inadequação da sociedade em providenciar recursos adequados a pessoas com deficiência, tornando suas vidas insuportáveis, por consequência (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 377). Simplesmente permitir às pessoas que antecipem seu termo vital com ajuda médica, sem qualquer salvaguarda ou cuidado, não parece razoável.

O Caso Bouvia, porém, vai muito além de um debate superficial de grupos pró-vida *versus* grupos pró-eutanásia. Sua morte com o auxílio médico não representaria exemplo do “efeito dominó”, mas efetivamente uma falha gritante da sociedade em lidar com pessoas que passam a ser consideradas “indesejadas” pelas demais. Sua sobrevivência, ao contrário, exemplificou essa falha, já que ela, apesar de mantida viva – à força, vale dizer –, continuou sendo considerada “indesejada” e, décadas depois, continuou a viver indignamente.

A contenda judicial e o debate público causaram traumas gigantescos a ela. Deficiente, abandonada, forçada a se alimentar por sonda nasogástrica, ela se tornou dependente química antes que a ordem judicial que permitiria a retirada da nutrição

---

morrer a permanecer naquele estado. Ela, então, passa a exigir que tenha seu “direito de morrer” respeitado, de modo a permitir que os médicos lhe administrem uma injeção letal, mas sua solicitação ao hospital é negada, porque ela não era considerada paciente terminal.

Pence (2017, p. 19-25) afirma que ela, nascida tetraplégica, foi abandonada aos 18 anos pelo pai, sobrevivendo graças ao auxílio governamental. Graduada, ela trabalhou como voluntária em San Diego, onde conheceu um ex-condenado, com quem se casou e acabou concebendo um filho, abortado naturalmente. Sem perspectiva de emprego, o casal voltou ao Oregon, mas os pais dela os ignoraram. Pouco tempo depois, seu cônjuge solicitou o divórcio e a abandonou. Por isso, Elizabeth simbolizaria, para muitos, o descaso da sociedade com os “indesejados sociais”, bem como os perigos de se permitir a eutanásia.

Em 1992, seu médico e advogado, que sofria de depressão severa, comete suicídio. Até 1997, ela permaneceu no hospital, em uma unidade de terapia intensiva. Com uma máquina lhe provendo doses contínuas de morfina, a um custo de US\$ 300 por dia, ela e pesava menos de 45kg. Nesse ano, seu novo defensor público consegue que a Corte permitisse que ela continuasse seu tratamento em casa, já que o plano médico não cobria *home care*, a despeito de seu custo ser significativamente mais baixo.

Em 1996, ela apareceu num programa televisivo que “comemorava” os dez anos de uma reportagem sobre sua vida, última oportunidade na qual foi vista publicamente. Em 2006, procurada para participar de um novo programa, ela negou. Em 2008, um advogado defensor dos direitos das pessoas com deficiência mencionou que ela continuava viva e, em 2013, novos rumores sobre ela apareceram, mas não há mais certeza se continua viva ou já faleceu.

artificial fosse cumprida. Por questões burocráticas, ficou anos esquecida no hospital, mesmo que o tratamento doméstico fosse menos custoso.

Ela simboliza muito mais como disputas judiciais prolongadas, como a determinação irrefreada e intransigente na defesa da inviolabilidade da vida e como o afastamento completo da autonomia pode todos insensíveis à condição da própria pessoa. Principalmente, o caso de Elizabeth Bouvia mostrou como as atuais controvérsias que orbitam ao redor das decisões de fim de vida podem simplesmente transformar a pessoa em objeto de relações jurídicas, transformando-a num “caso”, ao passo que sua vida e dignidade deixara de ser relevante, de fato.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> McMahan (2009, p. 305-326) propõe um exercício lógico para tentar compreender melhor a situação. Apesar de se poder dizer que a vida da pessoa não vale a pena de ser vivida, a morte lhe ceifaria toda a possibilidade de vida, diz ele. Ou seja, por pior que fosse a vida da pessoa, a vida dá possibilidades, sejam boas ou ruins, não importa; a morte, porém, extingue toda possibilidade e ceifa o que há de melhor na vida, que é exatamente viver. A morte, então, pode evitar uma vida ruim, mas ela, por si só, nunca é boa; morrer é sempre ruim.

Assim, seria possível concluir que viver traz bônus potencialmente infinitos para aquele que está vivo e a morte, por consequência lógica, traz ônus potencialmente infinitos para aquele que está morto. Se a “maldade” da morte consiste em privar as pessoas das potencialidades infinitas da vida, parece que morrer, por si só, é algo ruim. A morte, independentemente do momento, é ruim, pela privação das infinitas possibilidades de uma vida boa. Mas, se a morte é infinitamente ruim, se é ruim por si só, como seria possível explicar a percepção do senso comum de que morrer precocemente é pior do que morrer tardiamente?

Não parece logicamente sustentável, portanto, supor que a morte é sempre ruim. Ela pode, perceptivelmente, ser mais ou menos ruim – ou boa (com o perdão da incorreção gramatical proposital), a depender da situação, assim como a vida pode ser mais ou menos ruim – ou boa. A morte de uma criança parece mais ruim ou menos boa que a morte de um idoso centenário, numa análise generalizada. Contraditoriamente, porém, o senso comum nos diz também que a morte de um jovem adulto é pior que a morte de um feto poucos meses antes de seu nascimento, ou mesmo a morte de um bebê recém-nascido. No entanto, sem tomar a vida concreta da criança ou do idoso, parece difícil estabelecer alguma comparação efetiva. A criança pode ter tido uma vida miserável e o idoso uma vida maravilhosa, pelo que a percepção sobre a situação poderia se alterar. Ou, mesmo que tivesse a pessoa uma vida maravilhosa até a morte, é difícil saber se, dali em diante, não teria uma vida miserável, pelo que mais vida significaria algo negativo e ter morrido parece algo bom. Tanto futuros positivos quanto negativos são possíveis, tornando a análise um tanto discricionária. Imaginar a vida da pessoa com base nessas infinitas possibilidades de uma vida boa ou ruim é excessivamente arbitrário.

É perigoso comparar a vida de uma pessoa com a vida de outra para que se analise a distinção valorativa entre elas. Se isso fosse feito, classificar-se-ia as vidas em mais ou menos dignas, o que escancara as portas das possibilidades de barbárie. Justamente quando se começam a comparar e qualificar as vidas, dotando-as de dignidade diferente, permite-se dizer que determinadas vidas não são dignas de serem vividas. O raciocínio aqui é outro, deslocado desse eixo.

A análise da vida é uma análise em si, comparativamente à própria vida da pessoa, daí seu componente subjetivo extremamente importante. Vale dizer, deve-se perscrutar a vida da pessoa em si, a vida como um todo.

O aumento dos casos eutanásicos na Bélgica e nos Países Baixos não significa, por si só, o “efeito dominó”.<sup>84</sup> Significa, ao contrário, que mais médicos estão seguindo os protocolos legais, mais pessoas estão cientes das possibilidades legais e que efetivamente as decisões de fim de vida passam pela antecipação voluntária da morte, em determinados casos. Pela primeira vez, desde 2002, a Comissão belga decidiu transmitir um caso à Justiça, para avaliação do Ministério Público e eventual persecução penal, pelo descumprimento das normas (CFCEE, 2016).

Isso demonstra que não pode haver ingenuidade sobre questões tão vitais, portanto. Se o Caso Bouvia demonstra como pode haver excessos e erros na tentativa de proteção da vida digna, a transmissão de um caso, pela CFCEE, à Justiça belga demonstra que excessos e erros também podem ser cometidos quando da proteção da morte digna. Como dizia Aristóteles, na “Ética a Nicômaco”, o abuso não pode eliminar o uso.

Não se pode permitir que a sociedade culpe a pessoa e seus familiares que continuam a demandar por empenho terapêutico (EUSEBI, 2009, p. 218). Talvez os

---

<sup>84</sup> Enquanto médicos e familiares australianos foram inocentados pelo júri em casos de “homicídio piedoso”, como naqueles de Joseph Mohr e Daryl Stephens, em 1996 e 2000, respectivamente, o mesmo não se pode dizer de casos em que médicos foram acusados de matar pacientes não por compaixão, mas por outros motivos. Em 2001, Michael McGrane foi condenado pelo homicídio de Yuen Ling Chan, um de seus pacientes, por uma injeção com uma dose elevada de morfina. Chan preencheria uma denúncia contra o médico perante a Comissão de Direitos da Saúde por negligência em seu tratamento. O júri da Corte de Apelação de Queensland não hesitou em manter sua condenação (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 380).

Assim, segundo Battin (2009, p. 281), ao contrário do que parece num primeiro momento, um dos argumentos centrais ao “efeito dominó”, ancorado distinção entre “matar e deixar morrer”, parece militar às avessas. Justamente porque recusa e retirada de tratamentos médicos são quase invisíveis, sequer é possível saber se as práticas médicas foram levadas a cabo a contento, ou se simplesmente se deixou de providenciar tratamento adequado por questões econômicas ou por pressão de um familiar, por exemplo.

exemplos de Sam Filer <sup>85</sup> e Stephen Hawking <sup>86</sup> ilustrem bem essa necessidade. Ambos viveram por décadas (Hawking ainda permanece vivendo), com suas doenças e foram extremamente prolíficos e inegavelmente tiveram uma vida excepcionalmente boa, a despeito de todas as limitações da doença.

Ambos relataram que foram incisivamente recomendados a terminar indolormemente com suas vidas. No entanto, isso não significa que as práticas eutanásicas sejam intrinsecamente perigosas, já que as pressões externas ocorreram a despeito de

---

<sup>85</sup> Sam Filer era um juiz em Ontário, província canadense, quando descobriu que era portador de Distrofia Lateral Amiotrófica, doença degenerativa progressiva altamente letal. Os casos de distrofia são muito comumente associados à eutanásia, pois, em determinados estágios mais avançados da doença, a mobilidade se reduz de maneira dramática, impedindo mesmo movimentos básicos e involuntários como a respiração natural, que deve ser artificialmente mantida.

Impossibilitados de se movimentar, muitos perdem a perspectiva de manterem-se vivos, mas são igualmente impossibilitados de se suicidarem com assistência médica (permitida em alguns países), dada a ausência quase completa de mobilidade. Filer, em julho de 1987, descobriu-se com essa moléstia e recebeu, naturalmente, com certo choque, sua “sentença de morte”. Rapidamente ele perdeu a fala e, no verão seguinte, estava de cadeira de rodas.

Ele pensou em se aposentar, mas recuou. Após alguns debates, o Conselho Judicial Canadense decidiu que a doença não era um impeditivo à judicatura e que, se necessário fosse, medidas de acessibilidade deviam ser tomadas. Ele passou a julgar casos que não necessitavam de comunicação direta com partes e procuradores; quando não mais podia assinar, passou a usar um carimbo; quando não mais podia ir à Corte, passou a redigir suas decisões em casa.

Em 1989 seus pulmões pararam. Sua mulher foi chamada ao hospital, mas não podia entrar no quarto; não queriam que ela visse o marido morrer. Traçaram os cenários, todos mostrando o peso de manter Filer vivo, como o ruinoso custo dos tratamentos, a dificuldade em cuidar do marido e de um filho pequeno ao mesmo tempo e a abrupta queda de qualidade de vida dele, por conta do uso de ventilação artificial. Deram a ela 10 minutos para escolher o que queria fazer com o marido.

Sua mulher relata que seis ou oito médicos a cercaram, encorajando-a a deixar o marido morrer, a deixá-lo morrer. Ela, então, respondeu a eles que ela mesma cuidaria da dignidade, de sua qualidade de vida, e eles que tratassem de fazê-lo continuar vivo. Filer, um apaixonado pelo direito, ficou ainda mais resolutivo quando sua mulher reiterou que preferia ele sob ventilação artificial que simplesmente não o ter mais (KOCH, 2000, p. 297).

Anos depois, numa conferência na The National Access Awareness Week, o então juiz da Suprema Corte de Ontário proferiu um discurso (FILER, [200-], não paginado) que ficou famoso no país sobre a necessidade de se estabelecer uma sociedade plenamente acessível, no qual as pessoas com deficiência pudessem exercer efetivamente seus direitos sem que isso parecesse benevolência.

O juiz, que por anos lutou pela dignificação da vida dos portadores de Distrofia Lateral Amiotrófica, morreu em 2007, em Toronto, por asfixia causada pela fumaça de um incêndio doméstico, aos 71 anos, apesar de ter ficado por anos sem mexer um único músculo abaixo do pescoço. Apesar de ter questionado, muitas vezes, se suportaria tamanha provação (ele teve dois ataques cardíacos, sepse e outras tantas infecções), ele decidiu resistir até o fim.

<sup>86</sup> A história do famoso astrofísico britânico é bastante conhecida, tendo sido parte de sua vida, inclusive, adaptada aos cinemas, em 2014 (“A teoria de tudo”). Portador de Distrofia Lateral Amiotrófica desde os 21 anos, o cientista ocupou por trinta anos a cadeira de Newton da Universidade de Cambridge. Em 1985, depois de se submeter a uma traqueostomia, passou a utilizar um sintetizador de voz.

Ele foi perdendo lentamente o controle sobre seus movimentos voluntários e, desde 2009, não consegue mais controlar sua cadeira de rodas elétrica. Atualmente, ele usa um dispositivo de rastreamento dos movimentos da bochecha e dos olhos para se comunicar, mas passou a ser hospitalizado com mais frequência, especialmente pelo avanço da dificuldade em respirar autonomamente.

as práticas eutanásicas serem completamente proibidas, à época, em seus respectivos países. É por isso que, antes de se considerar qualquer decisão de fim de vida, é salutar tentar criar a opção de uma vida digna a essas pessoas (KOCH, 2000, p. 298).

Escolhas terminais jamais são fáceis ou simples. Lacordaire, o dominicano francês que defendia a liberdade religiosa e a separação Estado-Igreja, visando preservar as conquistas revolucionárias de 1789, já dizia que “entre o forte e o fraco, a liberdade é que oprime e a lei que liberta”.<sup>87</sup> As decisões de fim de vida, ao contrário de obedecer a normas penais contraditórias e sobrepostas, calcadas no pluralismo conceitual, deveria obedecer aos ditames constitucionais. O fim desse pluralismo conceitual repersonaliza essas discussões, sem transformar a pessoa em objeto de relações jurídicas, dignificando-a na vida e, também, na morte.

---

<sup>87</sup> Ou, no original, e na citação completa, dentro de um parágrafo maior, “*Sachent donc ceux qui l’ignorent, sachent les ennemis de Dieu e du genre humain, quelques noms qu’ils prennent qu’entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c’est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit. Le droit est l’épée des grands, le devoir est le bouclier des petits*” (LACORDAIRE, 1861, não paginado).

### 3 REPERSONALIZAÇÃO DA TERMINALIDADE DA VIDA

Hodiernamente se pretende “melhorar a morte” hospitalar; fala-se dela, mas a condição é que ela continue no hospital, tendo sido construída certa fortaleza ao redor da medicalização da vida e da morte. O confinamento da morte nos hospitais permitiu à técnica se tornar um poder mais bem acolhido e menos contestado. Não obstante, a couraça da técnica se rompe quando se começou a duvidar-se do benefício incondicional desse poder (ARIÈS, 2014, p. 800). Evidentemente, a morte hospitalar encontra, em cada país, elementos peculiares e únicos, que transbordam a discussão deste trabalho.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> Por exemplo, Daniels (2009, p. 74-75) compara os sistemas americano e inglês quanto à negativa de procedimentos médicos úteis. Contrariamente à Inglaterra, que restringe o acesso à saúde com base em dois pilares (acesso universal à saúde limitado a procedimentos prescritos e orçamento regional fechado), os EUA trabalham com um sistema de seguro de saúde que premia hospitais e médicos por procedimentos abaixo do custo.

Os ingleses dizem não a um paciente quando o tratamento previsto, ainda que necessário, não está tabelado. A justificativa para tal negativa é feita nos seguintes termos: ainda que o procedimento seja benéfico àquele paciente, concedê-lo seria injusto com os demais pacientes do sistema, que teriam seus recursos drenados por um procedimento menos efetivo e, ao mesmo tempo, mais custoso. Quais tratamentos serão incluídos na tabela depende de uma decisão sobre quais procedimentos são mais relevantes naquela comunidade.

Os EUA limitam os tratamentos de outro modo. Hospitais que conseguem tratar o paciente por valor inferior à taxa DRG (Diagnosis-related group, ou grupo de diagnóstico correlato, um sistema de classificação desenvolvido na década de 1980 para barrar o aumento contínuo de gastos do governo com saúde) embolsam a diferença.

O médico é pressionado a evitar tratamentos custosos que excedam a taxa DRG, ainda que benéficos. Isso porque ele ora recebe no rateio da diferença obtida pelo nosocômio, como prêmio, ora a ele se impõe uma penalidade pelo ônus financeiro quando da requisição de procedimentos “extras”. Assim, os norte-americanos dizem não aos pacientes quando os procedimentos ultrapassam o valor da taxa DRG prevista. Por isso, tratamentos caros, de alta-tecnologia e midiáticos – capazes de atrair mais clientes e, conseqüentemente, lucros –, mas limitados e pouco efetivos, como os corações artificiais, tiveram seu financiamento intocado, ao passo que tratamentos simples, baratos e bastante úteis, como a prevenção da mortalidade infantil por inanição, tiveram o orçamento federal cortado. Não à toa, os hospitais são recalcitrantes em dizer não aos pacientes terminais, pois os custos de sua manutenção são reembolsados pelos seguros de maneira bastante lucrativa.

No Brasil, o SUS é análogo ao sistema britânico, o NHS – National Health Service –, pela adoção dos princípios universalidade, gratuidade e integralidade. No entanto, a criação do SUS, com a fusão do Ministério da Saúde e do extinto INAMPS, criou uma dependência da saúde em relação ao setor privado mais forte que aquela que ocorre na Inglaterra. Ademais, ao contrário do NHS, o SUS gasta percentual elevado de recursos em procedimentos de média e alta complexidade (TANAKA; OLIVEIRA, 2007, p. 9). Relatório do TCU (2014, p. 8) indica que a os atendimentos de Média e Alta Complexidade empregam quase o triplo de recursos que a Atenção Básica. As demandas básicas de saúde consumiram apenas 18% dos recursos totais do sistema (BRASIL, 2014b, p. 12).

Por isso, tratar da medicalização da morte exige análise cuidadosa do próprio funcionamento dos sistemas de saúde nacionais, cujas peculiaridades podem gerar questionamentos próprios, que não se aplicam a outros países.



Quando a morte transborda dos hospitais e dos controles disciplinares, e a sociedade demonstra interesse em se apoderar do tema, as paixões se aguçam. Os temas relativos às decisões de fim de vida ainda não desaguaram nesse oceano de paixões, como outros embates em torno da pessoa o fizeram nos últimos anos, notadamente as questões que envolvem o início da vida, como o aborto. É de se esperar que as situações terminais tornem-se mais frequentes e relevantes no debate público.

Esse debate será necessariamente marcado pelo pluralismo conceitual vigente, que é corrente no direito e que sustenta as noções jurídicas elementares; impossível se afastar dele. Possível, de outra banda, compreender que essas discussões podem ir além, a partir de duas premissas: a visualização de um ordenamento jurídico no qual as decisões de fim de vida sejam mais amplas e a apreensão de um pensamento de índole tipológica, que apenas parte do conceitualismo e não o tem como fim.

A legislação belga será o ponto de partida da primeira premissa. Como já abundantemente dito, a verticalização do funcionamento da legislação eutanásica na Bélgica não se presta a fazer direito comparado; não se presta igualmente a tornar a Lei da Eutanásia belga um modelo a ser copiado numa possível futura legislação nacional sobre o tema. Objetiva-se minudenciar o funcionamento desse sistema, de modo a se possibilitar repensar as decisões de fim de vida no Brasil.

Poder-se-ia fazê-lo, por exemplo, a partir da decisão da Corte Constitucional colombiana que, em 2014, exortou que se legisferasse a respeito do tema nesse país, estabelecendo-se, desde já, diretrizes iniciais, de modo que o legislador evitasse não cumprir a decisão ao simplesmente postergar indefinidamente a legislação.<sup>89</sup> No entanto, como se trataram de critérios provisórios e de uma normatização a ser, primeiramente aprovada no Congresso e depois detalhada pelo Ministério da Saúde, pouco há que se extrair para além da própria sentença da Corte Constitucional, o que impede maior aprofundamento teórico e, especialmente, concreto.

---

<sup>89</sup> A sentença T-970/14 da Corte Constitucional colombiana exortou o Congresso à criação de uma lei para procedimentalizar a eutanásia, em cumprimento à ausência de legislação e, enquanto não o feito, delineou procedimentos desde já para tanto, de maneira bastante ativista. A partir do item 7.2. da decisão, a Corte estabeleceu os “*presupuestos para hacer efectivo el derecho a morir dignamente, mientras el Congreso regula la materia*”. Fê-lo a partir de três premissas: “(i) *El padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores*; (ii) *El consentimiento libre, informado e inequívoco*; e (iii) *Criterios que deberán tenerse en cuenta en la práctica de procedimientos que tengan como propósito garantizar el derecho fundamental a la muerte digna*”.



Daí a escolha – para além dos critérios já mencionados na introdução – da Lei da Eutanásia belga.<sup>90</sup> Se nos capítulos anteriores se pretendeu a detecção do “problema”, por assim dizer – o pluralismo conceitual vigente e sua insuficiência nas decisões de fim de vida –, e a fundamentação da necessidade de sua revisão, este capítulo pretende lançar luzes às possibilidades de superação.

Além da análise da Lei da Eutanásia belga, que serve de ponto de partida para se repensar o tratamento que é dado às pessoas quando de decisões tão relevantes, mostra-se igualmente relevante mostrar que há alternativa ao conceitualismo insuficiente que domina as discussões jurídicas a respeito do chamado “direito de morrer”. Como diz Larenz (1969, p. 511), “a conceituação, ou seja, a atividade de reconhecer no particular o geral anteriormente abstraído, pela subsunção, pode ser a primeira tarefa do jurista, mas não a única.

Por isso, é praticamente mandatário se pontuar as possibilidades de ir para além do pluralismo conceitual que não a simples indicação de um ordenamento jurídico que permite as decisões de fim de vida de maneira verdadeiramente mais autônoma. Até porque o sistema criado pela legislação belga ainda se assenta no pluralismo negado, apesar de já apontar para o pensamento tipológico em alguns aspectos. Assim, na segunda parte do capítulo, a metodologia tipológica servirá a esse propósito.

Ariès (2014, p. 826) disse que “a morte no hospital, erigido de tubos, está prestes a se tornar hoje uma imagem popular mais terrífica que o trespassado ou o esqueleto das retóricas macabras”. Provavelmente, é possível se dizer que isso já está acontecendo. Para que essa imagem projetada não acabe por se tornar uma triste realidade, que sujeita as pessoas a se tornarem objeto quando de uma situação terminal, é forçoso que o *status quo* da morte e do morrer sejam revistos.

---

<sup>90</sup> Em realidade, se o direito belga é apenas o ponto de partida das discussões aqui travadas, a Lei da Eutanásia é apenas o ponto de partida da análise do direito belga, já que a escolha desse ordenamento jurídico se deu justamente pelas potencialidades oferecidas. A despeito de a legislação ser a linha-mestra, incluem-se as discussões parlamentares – que foram publicadas e estão disponíveis na internet, com acesso irrestrito –, as diversas propostas e modificações legislativas posteriores, os Decretos Reais que regulamentam essas normas, as decisões da *Cour constitutionnelle de Belgique* sobre a Lei, além das diversas publicações da CFCEE, que incluem os Relatórios Bienais e as publicações voltadas à população em geral, ao próprio Estado (governos das Comunas, por exemplo) e aos agentes de saúde (médicos, hospitais, *hospices* etc.).

O pluralismo conceitual se tornou a “única realidade possível” porque “o pensamento que se refugia no centro termina por ser pensado como a única realidade” (DUSSEL, 1977, p. 11). O pensamento tipológico permite descentralizar o pluralismo conceitual de seu pedestal e compreender a “morte digna” como um antidireito. Irti (2008, não paginado) asseverou que o “anti-direito é sempre um direito contra um outro direito [...]. O problema não é, portanto, direito ou não direito, mas qual direito? Não é Lei ou não Lei, mas qual Lei”?

Dessa forma, amplia-se a percepção que se tem sobre os fenômenos terminais, abarcando-se o que antes era o espaço povoado pelo vazio; o ser é, e o não ser torna-se ser. Da periferia do não ser, aquilo que não era regressa ao centro, que é (DUSSEL, 1977, p. 12). Repersonaliza-se o direito quando as decisões existenciais se sobrepõem às decisões patrimoniais; quando a pessoa é o centro do governo jurídico das coisas, e não o inverso; quando a autonomia não lhe é negada, antes exaltada, diante de situações jurídicas existenciais.

### **3.1 Da Lei da Eutanásia belga de 2005 à atualidade**

Nos ordenamentos jurídicos nos quais o exercício das decisões de fim de vida é restrito, há um vácuo completo de dados que permitem a análise e o controle das práticas eutanásicas que, na prática, ocorrem. Por razões evidentes, os médicos não fornecem quaisquer dados sobre elas, dada a possibilidade de criminalização das condutas. O pluralismo conceitual, com suas contradições e superposições, possibilita que até mesmo as condutas permitidas possam ser, num juízo perfunctório, consideradas proscritas, ensejando devassa pelo órgão persecutório.

Por isso, impera uma “lei do silêncio”, que impede que as decisões de fim de vida possam ser tomadas e implementadas de maneira clara e pública. Mas isso não ocorre sem razão. Memmi (2003, p. 15-21) explica que, com a crescente “medicalização”, substitui-se a penalização pela vigilância, transformando o controle em “questão de saúde”. Essa transferência de poder, do Estado para o pessoal da saúde, não ocorre sem protesto. Quando determinadas condutas são descriminalizadas e passam à alçada

médica, os órgãos de classe geralmente reagem desaprovando a transferência do controle.

Isso ocorreu, na França, quando os anticoncepcionais e o planejamento familiar passaram a ter regulamentação no Código de Saúde Pública; quando o aborto foi despenalizado; quando se permitiu a esterilização mediante o cumprimento de requisitos. A classe médica sempre reagiu, na sequência, asseverando que “os métodos contraceptivos e o planejamento familiar não eram assunto médico”, “o médico não é responsável pelas decisões sobre o aborto”, “a medicina não é favorável ou desfavorável à esterilização”. Não obstante, métodos contraceptivos eram levados a cabo, abortos eram realizados e esterilizações ocorriam em grande número, à margem da lei.

A explicação para essa aparente contradição entre a prática médica clandestina e o ganho de poder social – quem decide agora não é o juiz, mas o médico – se explica porque, ao mesmo tempo que a regulamentação implica segurança jurídica mais ampla, implica também perda de independência. Esse alargamento representa uma ameaça ao modo de exercício de um poder que será profundamente afetado. Isso explica a ambiguidade da classe médica, cuja profissão é tipicamente ligada a um grau de autonomia profundo.

Trata-se do conflito entre poder e responsabilidade. Nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, comum é que andem juntos. Por isso, as práticas eutanásicas proscritas, mas levadas a cabo sub-repticiamente, dão poder ao médico sem exigir dele consequente responsabilidade. Se a classe médica e os agentes de saúde querem poder irresponsável, regulamentar as decisões de fim de vida obviamente não parece um caminho aceitável ou desejável.

Boa parte dos que tentam se refugiar no não direito são tentados a cumular os benefícios desse com as vantagens do direito (CARBONNIER, 2007, p. 49). Contraprova são as Resoluções do CFM que, seguindo a lógica de regulamentação “de classe”, não jurídica, acaba produzindo normas aplicadas pelo direito (vide as decisões do TRF acerca das discutidas resoluções, que apelam para elas mesmas para justificar sua validade).

Assim, diante da completa “ausência de regulamentação” jurídica (no sentido de *hard law*), grassam normas de eficácia normativa imitada (genericamente, *soft law*). Essas normas acabam se refugiando nos espaços de não direito para criar,

enviesadamente, direito. Ao contrário de regulamentar as situações e solucionar os problemas, apenas se aproveitam de sua marginalidade para obter as vantagens dessa penumbra. As decisões de fim de vida são, portanto, tomadas.

“Nos hospitais de pobres, aproveita-se essa indeterminação para escolher o momento mais favorável a certos atos: assim, os olhos dos moribundos são fechados um pouco antes da morte, é mais fácil”; Ariès (2014, p. 793) desnuda, assim, que a “burocratização” dos momentos terminais torna-se verdadeira *management of death*, uma gestão que é inseparável da medicalização da morte. A morte deixa de pertencer ao moribundo ou à família, persuadida de sua incapacidade de entender “tecnicamente” o que ocorre, e passa à equipe hospitalar, que a trata como coisa sua.

Nos países em que as decisões de fim de vida são amplas, ao contrário, há profusão de dados que tornam mais palpáveis as análises, seja para servir de argumento de que o exemplo deve ser seguido, seja para se apontar falhas, problemas e críticas. Não que a disciplina e a burocracia hospitalares desapareçam, ou que a morte deixe de ser assunto técnico, mas ao menos há alguma chance de o moribundo participar da “gestão da própria morte”.

Obviamente, o sistema de informações não é infalível. Ao contrário, ao depender quase exclusivamente de informações fornecidas pelos próprios agentes, há inúmeras possibilidades de que a transparência não seja completamente alcançada. A rigor, a transparência irrestrita jamais será alcançada; ainda assim, a importância da máxima transparência possível não pode ser subestimada (GROENHUIJSEN, 2007, p. 948).

Bem ou mal, apenas nos países em que a antecipação do termo à vida encontra regulamentação, há dados disponíveis para que se analisem as causas, situações e efeitos do “direito de morrer”. A legislação neerlandesa foi objeto de análise das discussões parlamentares belgas, já que foi aprovada um ano antes, em 2001. Essa lei, pois, apesar das diferenças, é bastante semelhante à belga, analisada exaustivamente adiante.

Uma peculiaridade dos Países Baixos é a alta taxa de apoio popular ao “direito de morrer”, já que, em 2000, 90% da população era favorável à eutanásia, contra 40%, em 1966 e 81%, em 1988. De outra banda, 57% dos médicos do país já havia praticado eutanásia ou auxiliado algum paciente a pôr termo à vida, ao passo que outros 30%

afirmam que, apesar de não terem realizado, o fariam. Outros 10% afiançam que não realizaram qualquer procedimento do gênero, mas encaminhariam o paciente a um colega. Somente 1% dos médicos, em 2001 – contra 4%, em 1990 –, disseram que não realizariam o ato e se recusariam a indicar um colega para fazê-lo (BATTIN, 2009, p. 274).

Os relatos dos médicos que realizaram um ato eutanásico mostram que eles são relutantes em fazê-lo, limitando-se à realização em situações em que o paciente relata dor inaceitável e não há alternativas disponíveis. A realização do ato nunca é fácil, pois apesar de aliviar a dor do paciente, traz dor aos familiares, que quase sempre estão na presença da pessoa no momento da morte. Fazem-no apenas quando se certificam acerca da sinceridade do paciente em relação ao sofrimento pessoal e quando sabem, pelos conhecimentos técnicos, que não há mais alternativa de tratamento razoável (BATTIN, 2009, p. 275).

Uma modificação importante consistiu na apresentação do relatório sobre as práticas de fim de vida. Inicialmente, os casos de antecipação da morte eram encaminhados à Polícia e ao MP, diretamente ao promotor local, o que fez com que o número de notificações fosse bastante baixo após a aceitação da prática em solo neerlandês. Quando o procedimento foi revisado e as notificações passaram a ser enviadas não mais ao MP, mas a um comitê revisor local, elas aumentaram dramaticamente (BATTIN, 2009, p. 273), o que evidencia a desconfiança dos médicos nos relatos à autoridade com funções processuais penais.

Dos pacientes que passaram por um procedimento de eutanásia ou de suicídio assistido médico, quase 80% sofria de câncer, ao passo que 4% tinha doenças cardiovasculares e 4% doenças neuromotoras, principalmente esclerose lateral amiotrófica (BATTIN, 2009, p. 273). Como na Bélgica, a situação mais frequente envolvendo escolhas eutanásicas é a oncológica, especialmente aquela que acomete pessoas de idade mais avançada e que têm evolução clínica mais lenta, até atingir fases metastáticas mais cruentas.

A doença oncológica representa, sempre, tanto para a pessoa quanto para a família, uma prova existencial dramática. O impacto do tumor, associado a dor crônica, representa violação da integridade corpórea e ameaça à existência do paciente até

mesmo no nível psicológico. São situações que demandam um acompanhamento psicossocial cuidadoso e difícil, mesmo à equipe médica (CALIENDO, 2010, p. 49).

Passando para a parte alta de Limburgo, a Lei da Eutanásia belga é o exemplo mais contundente de como as decisões de fim de vida podem ser analisadas e criticadas mais adequadamente quando públicas. Isso porque a Comissão responsável pelo controle e avaliação da eutanásia – CFCEE – publica bienalmente um relatório detalhado sobre a eutanásia no país, indicando até mesmo sugestões de medidas a serem implementadas para aperfeiçoar os mecanismos de controle e execução da lei.

Como deixa claro e em letras garrafais o sítio do *Service Public Fédéral Belge* sobre o sistema de saúde nacional, a eutanásia é um “direito estritamente regulamentado”. Em 28 de maio de 2002, oito senadores da coalizão governista (liberais, socialistas e ecologistas), fizeram uma proposta de lei para regulamentar a eutanásia, dado que até o momento a prática era considerada homicídio comum. Por isso, justificava-se a necessidade de se criar regulamentação para evitar que a prática fosse levada a cabo de modo inseguro, secreto e sem controle do Estado. A proposta objetivava (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 784):

- a. garantir ao paciente incurável que sua escolha seria respeitada;
- b. proteger o paciente vulnerável, estabelecendo procedimentos claros e condições precisas;
- c. proteger o médico que executasse a eutanásia de acordo com os procedimentos;
- d. compreender melhor o fenômeno e a realidade da eutanásia, com avaliação da aplicação da lei.

Essa lei é um exemplo de como o tema não deve ser tratado como uma fotografia; ao contrário, a aplicação da lei deve ser avaliada regularmente para que mudanças possam ser implementadas ao longo do tempo, e distorções, corrigidas. O relatório estatístico, publicado bienalmente, contém extensa lista de dados relativos à eutanásia, baseados na segunda parte das declarações feitas pelos médicos (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 785). Somente essa segunda parte é acessada pela Comissão, em regra.

O mais recente relatório publicado, o sétimo, relativo ao biênio 2014-2015 (CFCEE, 2016), revela numerosos dados importantes. Tomando o ano de 2015 como referência, foram 2.022 casos de eutanásia notificados à Comissão, sendo que, destes, 1.993 foram de demandas presentes, ao passo que apenas 29, ou 1,4%, tratou de solicitação pretérita (notadamente a partir das diretivas antecipadas de vontade). A Comissão, mais uma vez, lamentou a complexidade para que as diretivas pudessem ser executadas, limitando sua utilização.

Apesar de haver número ligeiramente maior de pedidos formulados por homens, a diferença não é significativa. Quanto à idade, apesar de permitida a eutanásia a menores (como se verá adiante), nenhum caso foi relatado no biênio. A faixa etária que mais solicita o procedimento é a de 80 a 89 anos (27,6%), seguida de 70 a 79 anos (27%). Juntas, as pessoas entre 60 e 99 anos foram responsáveis por 73,9% dos pedidos eutanásicos.

A Comissão sublinha que há crescimento contínuo para que os procedimentos sejam levados a cabo na residência do solicitante, ou, quando impossível (especialmente nos casos de mobilidade severamente reduzida), nas casas de repouso e *hospices*. Em 2003, 54% das eutanásias ocorria num hospital, sendo que, em 2015, esse percentual caiu para 44%. Mesmo no hospital, salienta o relatório, é cada vez mais frequente que o paciente solicite – e obtenha – a presença dos familiares nos momentos finais.

Em 15% dos casos, a morte seria brevemente (tratar-se-á desse termo adiante), se o procedimento eutanásico não fosse levado a termo, ou seja, não se tratavam de doentes “terminais”, a despeito da gravidade da doença ou do grau de dor. A quase totalidade das pessoas que anteciparam a morte o faz por conta de câncer, e a maioria dos casos é de câncer maligno (67,7%). Lesões traumáticas causadas por agentes externos, como lesões traumáticas, correspondem a menos de 1% dos casos, apesar de serem os mais “midiáticos” ao redor do mundo.

Malformações congênitas e anomias cromossômicas – que ensejam o temor quanto à mistanásia – que corresponderam, em 2003, a 1,5% dos casos, significou apenas 0,1% dos pedidos em 2015. Nenhum portador do HIV (outro grupo potencialmente vulnerável) requisitou a eutanásia nesse ano (tendo havido apenas um caso em 2014).



De todos os casos, a Comissão decidiu aceitar, sem ressalvas, 75,3% dos procedimentos; outros 6,1% dos casos sofreu “simples observação” e outros 18,6% exigiu que o médico fizesse complementação a dados faltantes. Pela primeira vez desde a regulamentação, em 2002, um caso foi transmitido à Justiça, para que o MP instaurasse investigação e, se fosse o caso, propusesse medida persecutória.

Isso não significa que houve prática de crime, mas que os rígidos procedimentos legais não foram todos cumpridos, mesmo depois da oitiva do médico responsável, pelo que o *Parquet* poderia investigar o caso e decidir por apresentar denúncia, seja pela violação dos dispositivos da Lei da Eutanásia, seja por entender haver conduta típica presente, segundo as normas penais e processuais penais.

A Comissão passou, nesse relatório, a usar a classificação da OMS para indicar as estatísticas quanto às doenças que motivaram os pedidos de eutanásia. Igualmente, observou-se uma queda significativa de pedidos a partir de 2014, pelo que a Comissão crê haver certa estabilização dos números. Ademais, apesar de ter havido crescimento nos pedidos de eutanásia em língua francesa, os pedidos em língua neerlandesa continuam desproporcionalmente mais altos (80%), sendo que a Comissão não pode explicar as razões para tal desproporção.

Em 2015, a eutanásia correspondia a 1,8% das mortes totais na Bélgica, contra 0,36% em 2004. Das mortes eutanásicas, menos de 1% delas ocorreu por ingestão de medicamento letal. Esse ato é considerado válido pela Comissão, conforme parecer do Conselho Nacional da Ordem dos Médicos, de 2003, pois, apesar de parecer se tratar de “assistência médica ao suicídio”, proscrita pela norma penal, é caso eutanásico, sendo irrelevante se o medicamento foi ingerido pela própria pessoa ou se houve injeção intravenosa (CFCEE, 2016, p. 50).

De outra banda, em alguns poucos casos, foram realizadas combinações de vários produtos diferentes, tais como benzodiazepinas e opióides. A despeito de não haver restrição legal ao uso desses produtos e nem ter havido nenhum problema nos casos relatados, a Comissão passou a aconselhar os médicos a não recorrerem a este tipo de método. Isso porque eles podem ter efeitos colaterais inesperados, que eventualmente poderiam levar a uma morte que não fosse rápida e indolor, bem como levantar suspeitas, desnecessariamente (CFCEE, 2016, p. 50).

A Comissão, ao final de sua análise do biênio, colaciona alguns dos comentários acerca da prática em si, feitos pelos médicos, quanto à percepção pessoal durante a realização do ato, bem como os comentários inseridos pelas famílias, facultativamente, depois da morte do ente querido. Em sua esmagadora maioria, eles são surpreendentemente positivos, testemunhando gratidão e serenidade; alguns, negativos, trazem a percepção sobre as dificuldades nesses momentos terminais, tanto no ato em si quanto no impacto sobre as famílias (CFCEE, 2016, p. 51).<sup>91</sup>

O relatório da Comissão (CFCEE, 2016, p. 52-53), na Seção 3, se volta exclusivamente a responder às questões feitas a ela relativamente à aplicação da lei. Muitas das questões são feitas pela mídia estrangeira, bem como por juristas, para embasar trabalhos legislativos e decisões judiciais a respeito do tema. As questões sobre a permissão à eutanásia nos casos puramente psiquiátricos são constantes, exigindo-se compreensão aprofundada sobre as restritíssimas hipóteses existentes.

Internamente, muitos advogados solicitam informações a respeito dos médicos e pacientes que são sigilosas. Essas informações só se tornam públicas em caso de violação da lei, ocasião na qual o dossiê é enviado ao *Parquet* para que tome as medidas cabíveis. De toda forma, os membros-juristas da Comissão sempre respondem às questões judiciais, se for o caso, mas sempre mantendo o sigilo dos médicos e pacientes.

---

<sup>91</sup> Os relatos, em sua maioria em língua neerlandesa, como era de se esperar, em geral são bastante emotivos, a exemplificar: “Faleceu sereno e grato na presença de suas duas filhas e de uma sobrinha”; “O senhor dormiu tranquilamente nos braços de seu filho, rodeado pelo parceiro e por outros familiares”; “Ele, após a despedida serena junto à mãe, à irmã e aos amigos, morreu na casa de repouso, determinado, sereno e sonolento”; “Cercado por sua família, amigos e pela equipe médica, adormeceu e parou de respirar rapidamente, sob o música de sua cidadezinha”; “Procedimento sério, realizado na presença no médico e da família”; “O procedimento começou há um ano, nos últimos seis meses, a família passou a participar do processo e foi paulatinamente aceitando a vontade do paciente. Ele ficou muito feliz com o suporte da família”; “Esse procedimento é muito pesado para o médico que a pratica carregar, bem como para a família do paciente, mesmo que se passe, como aqui, com grande serenidade”; “A filha discordou absolutamente da eutanásia. Ela chama isso de homicídio. Ela recebe mensalmente uma soma em dinheiro do pai. Quando nos aproximamos do dia, o pai me proíbe de falar com ela sobre o plano. O pai fala com ela e diz que ela está errada sobre interferir no desejo dele. Ela diz que vai chamar a polícia. Certamente pode haver uma denúncia por causa da briga entre eles”.

O relatório é surpreendentemente sincero e afiança que nem sempre a eutanásia ocorre sem problemas ou sem questionamentos. De um lado, se reconhece que a família é muito importante nesse momento e que o pedido eutanásico geralmente demanda o acompanhamento da família para que possa ela também compreender e aceitar o pedido. De outro, reconhece que disputas familiares ocorrem e o médico pode se confrontar com a agressividade de alguns familiares ou amigos, tornando o momento mais difícil para a pessoa. Em muitos casos, as equipes de cuidados paliativos dos hospitais se sub-rogam no lugar da família, para que a pessoa não se sinta abandonada e morra sozinha, cumprindo um papel humanitário, numa face muito humana, não prevista nem exigida legalmente.

Já a Seção 4 traça Recomendações da Comissão acerca da execução da lei. No último relatório (2016, p. 58), ela solicita que o Parlamento aprove dotação orçamentária suficiente para que brochuras sobre a lei sejam distribuídas à população, notadamente ante o desconhecimento generalizado da lei. Igualmente, solicita que haja mais informação sobre as demais leis relativas às situações de fim de vida, em especial sobre a lei que trata dos cuidados paliativos, ainda desconhecidas e que constituem direitos relevantes dos cidadãos.

Nesse relatório não se aconselha a nenhuma mudança da lei, mas a Comissão reforça o pedido de que as diretivas antecipadas de vontade sejam tratadas de maneira menos complexa, especialmente quanto ao procedimento de registro e renovação. Por fim, sugere que os dossiês sejam remetidos de maneira eletrônica, de modo a agilizar a análise dos casos de eutanásia praticada e de cortar custos desnecessários com papel.

O tema não se esgota, como se vê, com a mera criação de uma lei que permita que as decisões de fim de vida sejam implementadas. Práticas que envolvem terminalidade da vida devem ser vistas como um filme, continuamente. É imprescindível, nos casos em que o exercício desse direito seja legalmente permitido, que haja rígido e constante monitoramento. Do contrário, a solução pode se tornar novo problema, com o “direito de morrer” se tornando exatamente aquilo que procurava evitar no direito à vida: tornar-se um dever.

Como dito anteriormente, a legislação belga e as discussões em torno dela servirão de ponto de partida para se compreender como as decisões de fim de vida podem ser adequadamente tratadas. Servem, ulteriormente, para demonstrar, inequivocamente, como o pluralismo conceitual é implodido quando o direito à “morte digna” é efetivamente executado e a pessoa, finalmente, é colocada no centro, torna-se sujeito de sua biografia, e não mais objeto de relações jurídicas.

### 3.1.1 Funcionamento do procedimento eutanásico

A despeito das diferenças, as legislações que regulamentam o “direito de morrer” trazem disposições muito semelhantes no tocante às intervenções médicas que visam ao abreviamento da vida. Em linhas gerais, não se reconhece autodeterminação absoluta

à pessoa;<sup>92</sup> uma decisão de antecipação do termo à vida só é atendida se um número de exigências bem estabelecidas for cumprido (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 793).

A lei belga, inicialmente, não estabelece condições especiais à eutanásia. O conceito trazido pelo art. 2º é bastante amplo, caracterizando a eutanásia como “o ato, praticado por terceiro, que põe intencionalmente fim à vida de uma pessoa, a pedido seu”. Como, quando, onde, por que, são noções qualitativas encontradas ao longo da lei. Igualmente, a noção ampla evita que se recaia no pluralismo conceitual que gera contradição e sobreposição tão nocivas às decisões de fim de vida.

Segundo Bondt e Vansweevelt (2006, p. 798-799), seriam três os requisitos concernentes à condição de saúde do paciente: a. sofrimento físico ou psicológico persistente e insuportável; b. sofrimento causado por séria e incurável desordem oriunda de acidente ou doença; c. condição médica sem esperança. Com base na lei belga, passa-se à análise de cada uma dessas situações.

Primeiro, o sofrimento físico ou psicológico deve ser persistente e insuportável. A exigência de que deve ser a moléstia persistente está contida no art. 3º, §2º, 2º, da lei. De modo a avaliar se o sofrimento é persistente, deve o médico conversar com o paciente várias vezes, em intervalos de tempo razoáveis, para que tenha elementos para avaliar a condição da pessoa, sua evolução clínica e consiga formar seu convencimento.

Quer se evitar que determinado sofrimento, seja ele físico ou psíquico, por mais relevante que seja, não seja passageiro, temporário, cujo tempo tem o condão de, se não

---

<sup>92</sup> Se se critica o imperativo tecnológico de que “se é possível fazer algo, algo deve ser feito” – “*If you can do it, you should do it*” (MILLER, B., 2009, p. 4), igualmente criticável o puro e simples aceno de concordância do médico ao procedimento eutanásico. Se o médico fosse considerado mero intermediário entre o paciente ou seu representante e o sistema de saúde, cuja função fosse o de levar adiante os desejos destes, não haveria espaço para recusa de pedidos de pacientes competentes ou de seus representantes acerca de tratamentos de saúde (BLUSTEIN, 2009, p. 371).

Não se obriga o médico a seguir cegamente a vontade do paciente. Nessa relação, o médico reconhece que o paciente tem de manter o controle das decisões sobre sua própria vida quando escolhas significativas tiverem de ser feitas. Caso o médico não seja capaz de conviver com sua consciência nesses termos, pode escusar-se de cumprir o “pacto” (VEATCH, 2009, p. 57).

O médico não é mero instrumento manejado pela vontade do paciente autônomo, mas um agente moral independente. O paciente que pretenda dar cabo de sua vida deve entender que está a procurar ajuda de alguém que tem de se convencer de que aquela é a melhor opção para aquele paciente naquele momento (MILLER, F.; BRODY, 2009, p. 365).

A relação existente entre o médico e seu paciente abrange o cuidado devido, nas situações em que se o faz necessário, e o não abandono, sempre que for ele requisitado. No entanto, a obrigação não se estende a tratamentos ou a ações que vão de encontro às convicções pessoais do médico. Ainda assim, persistem duas obrigações secundárias do médico: informar ao paciente sobre sua negativa e indicar as opções existentes de colegas e instituições que possam fazê-lo (BLUSTEIN, 2009, p. 387).

curar, aliviar ao menos. A lei não determina qual é o tempo necessário, quantas consultas o médico deve fazer, nem como a discussão entre eles deve ser encaminhada. São elementos subjetivos que devem ser julgados pelo médico em conjunto com seu paciente.

Além disso, exige-se que o sofrimento seja insuportável. Aqui o elemento subjetivo é completo. O que é considerado insuportável por alguém pode não o ser para outrem. A própria pessoa é quem julga a “insuportabilidade” de sua dor; nem a família, nem o médico, nem especialistas podem dizer quando o sofrimento passou a ser insuportável. O paciente é quem sofre e ninguém melhor que ele mesmo a julgá-lo.<sup>93</sup>

Não obstante, a lei exige do médico que ele assegure que esse sofrimento é insuportável, descrevendo sua natureza no prontuário que é enviado à CFCEE. Como o sofrimento é subjetivo, o médico dependerá das informações fornecidas pela própria pessoa, obtidas durante as conversas que têm. Porém, ainda assim, pela sua experiência com outros pacientes e pelos seus conhecimentos técnicos sobre a patologia, ele

---

<sup>93</sup> Não é possível sustentar que alguém deva sofrer indescritivelmente em nome da manutenção da proibição de práticas eutanásicas. Eusebi (2009, p. 216) diz que apesar de serem importantes os aspectos pessoais, o sofrimento deve ser objetivamente verificado. Essa percepção, porém, é bioquimicamente inadequada. Ainda que possam ser estabelecidos pela prática médica determinados aspectos objetivos, a dor é absolutamente subjetiva.

Palazzo e Maione (2010, p. 34-35) explicam o funcionamento da percepção de dor. Os nociceptores são responsáveis pela analgesia, recepção, transmissão e percepção de estímulos aversivos. Eles podem ser específicos a um determinado estímulo, e assim serão chamados pelo estímulo ao qual respondem ou podem responder a mais de um estímulo, os nociceptores polimodais. Outros nociceptores não respondem a qualquer desses estímulos, apenas a estímulos derivados de processos inflamatórios e, por isso, são chamados de nociceptores silenciosos ou dormentes.

O trato espinotalâmico se subdivide em dois. O trato neoespinotalâmico leva o estímulo do sistema periférico pela parte dorsal da medula ao tálamo, no qual outra sinapse o leva ao córtex somatossensorial, numa fração de segundo. Esse trato é a via de dor rápida e precisa (fibras A $\delta$ , grossas). O trato paleoespinotalâmico, por sua vez, leva o estímulo para a “substância gelatinosa de Rolando”, que o transmite para a substância cinzenta periaquedutal no mesencéfalo. Esse trato é a via de dor lenta e imprecisa, sem localização exata (fibras C, finas).

Os nociceptores transformam a energia recebida por um estímulo químico, fótico, térmico ou mecânico em potencial elétrico despolarizado. Exemplo pedestre é a capsaicina, que ativa um receptor estimulante doloroso responsável pelo aumento de temperatura e redução do pH, daí o calor e a ardência da pimenta. Variados fatores determinam a intensidade, a localização e a espécie da dor, cuja percepção é altamente subjetiva e dependente de variados contextos. Por isso, o mesmo estímulo – a pimenta – tem efeitos e percepções tão desassemelhadas nas diferentes pessoas.

Em situações patológicas, como na dor crônica, a ativação dos nociceptores determina sintomas que derivam de uma percepção anômala da dor, levando à anodinia (mudança de percepção normal da dor, que pode ser até mesmo artificialmente criada por estímulos nervosos). Não há, portanto, como defender que sejam estabelecidos critérios objetivos para se aferir a “razoabilidade” da dor de alguém, dada o absoluto subjetivismo dela.

exercerá um papel de supervisão <sup>94</sup> nessa análise (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 799).

Por fim, o sofrimento pode ser físico ou psicológico, segundo a lei. Isso foi ponto de debate intenso quando da aprovação legislativa e continua a ser alvo de questionamentos diversos acerca de específicas situações em que a eutanásia foi praticada em pacientes que não tinham nenhum sofrimento físico, entendido como dor física. Bondt e Vansweevelt (2006, p. 801) relatam que os casos que envolvem depressão severa, persistente e insuportável podem receber parecer médico favorável à eutanásia, desde que preenchidos os demais requisitos, nos casos em que a medicina ainda não consegue resolver, de modo algum.

Os dois autores defendem essa possibilidade porque, de um lado, é extremamente difícil, em determinados casos, avaliar que/se um sofrimento específico é puramente físico ou puramente psíquico. Além disso, com base nas situações concretas havidas nos primeiros anos da legalização da prática na Bélgica, verificou-se que os

---

<sup>94</sup> Uma vez que o sinal nociceptivo alcança o sistema nervoso central, ocorre a modulação dos sinais dos neurônios excitadores (que amplificam o sinal) e inibidores (que o reduzem). Outros neurônios ainda podem confundir o sinal, acrescentando um rumor ao fundo dos sinais. Essa é a base da “Teoria da dor por controle de portão” (*Gate Control Theory of Pain*).

Melzack e Wall (1965) afirmam que a “Teoria da dor por controle de portão” esclarece que o estímulo das fibras A $\beta$  (grossas e não-nociceptoras, que não transmitem estímulos de dor) impede o estímulo dos nociceptores de fibras A $\delta$  (grossas e nociceptoras, que transmitem estímulos de dor rápida e localizada) e dos nociceptores de fibras C (finas e nociceptoras, que transmitem estímulos de dor lenta e não-localizada). Ou seja, um receptor não doloroso fecha os “portões” de um receptor doloroso, o que impede a dor de viajar para o sistema nervoso central. Assim, o estímulo de um receptor não doloroso seria capaz de suprimir a dor.

Apesar de algumas falhas e de reformulações posteriores, as noções elementares dessa teoria se mantêm. A estimulação das fibras não nociceptoras, apesar de não eliminar a dor, a reduz, pelo bloqueio de seus portões de entrada, especialmente em relação às fibras C, de dor lenta. A teoria, segundo os autores, poderia explicar as reações psicológicas e instintivas aos efeitos bioquímicos do gatilho da dor.

É por isso, por exemplo, que é comum passar instintivamente a mão sobre a região atingida por um tapa, pois a fricção ativa as fibras A $\beta$ , inibindo a ativação das fibras C, a despeito da excitação quase instantânea das fibras A $\delta$ . Igualmente, a atenção da pessoa à dor impede que as fibras A $\beta$  sejam ativadas, bloqueando a dor, daí o senso comum, com propriedade, dizer que não pensar na dor, distrair-se com outras atividades, ajuda na redução da sensação de dor.

Foi a partir desses estudos que se compreendeu como métodos “alternativos” de tratamento de dor (musicoterapia, cromoterapia, acupuntura etc.) efetivamente funcionam, no nível bioquímico, bem como a razão para um mesmo gatilho ocasionar sensações de dor diversas nas pessoas. Igualmente, novos medicamentos procuram ativar as fibras A $\beta$ , trazendo analgesia mais adequada aos casos de dor crônica. Assim, na hora de lançar mão de analgésicos periféricos (AINEs – anti-inflamatórios não esteroides) e/ou centrais (opiáceos, antidepressivos, anticonvulsivos), o médico tem parâmetros objetivos para análise da dor. De qualquer forma, ainda assim, necessitará ele das observações subjetivas do paciente para guiar o tratamento ou a cessação dele.



relatórios preenchidos pelos médicos, em sua maioria, relatam sofrimento físico e psicológico conjunto.

Conclui-se, segundo eles, que, em regra, o sofrimento é bivalente, sendo bem mais incomum estar de frente a um paciente cujo relato seja de puro sofrimento físico ou psíquico do que um paciente cujo relato englobe ambas as situações. Analisando o Sétimo Relatório da Comissão, relativo ao biênio 2014-2015 (CFCEE, 2016), é possível verificar quantos casos de eutanásia trataram apenas de sofrimento psicológico, de sofrimento físico apenas, ou de ambos.

No ano de 2015, 2.022 casos de eutanásia praticados tiveram seus prontuários enviados à CFCEE. Desses, 1.906 pacientes relataram sofrimento físico, que englobam caquexia, dispneia, dor, disfagia, hemorragia, obstrução digestiva, paralisia, feridas, transfusões repetidas etc. Outras 1.236 pessoas relataram sofrimentos psíquicos, que englobam vício, desespero, perda de dignidade etc. (CFCEE, 2016).

Ou seja, 786 pacientes não relataram nenhum tipo de sofrimento psicológico e 116 não relataram nenhum tipo de sofrimento físico, ao passo que 1.120 relataram ambos. Percentualmente, 5,7% dos pacientes que passaram pelo procedimento eutanásico o fizeram por sofrimento puramente psicológico, ao passo que 38,8% relataram sofrimento puramente físico, e 55,5% sofreram tanto física quanto psicologicamente.

Dos 3,1% das pessoas que tinha “problemas mentais e do comportamento (distúrbios psiquiátricos)”, a Comissão passou a providenciar, ao contrário dos anos anteriores, dados sobre quantas pessoas foram diagnosticadas especificamente com depressão: 41, sendo que, em 39 desses casos, se previa a morte da pessoa brevemente (menos de um mês). A Comissão relata que não houve aumento significativo dos casos, mas verifica ter havido aumento relevante dos casos de demência, que engloba Alzheimer, doença cerebrovascular hipertensiva etc. (CFCEE, 2016, p. 36).

Como já dito anteriormente, o número mais relevante de diagnósticos é de câncer, que, sozinho, respondeu por 1.371 casos, ou 67,8% de todas as eutanásias. Vale ressaltar, ainda, que como os casos que envolvem doenças psiquiátricas em geral não se enquadram nos casos urgentes, os pacientes devem, obrigatoriamente, passar pela avaliação de um segundo médico. Nos casos de decesso não breve, 63% dos pacientes



consultaram um psiquiatra, ao passo que os demais consultaram um especialista afeito à patologia que os afligia.

O segundo requisito exigido é que o sofrimento seja causado por séria e incurável desordem oriunda de acidente ou doença. O art. 3º, §1º, exige que haja um triplo aspecto à doença, qual seja, incurável, séria e a causa do sofrimento (físico ou psicológico). Contrariamente ao primeiro elemento, que depende de análise subjetiva do próprio paciente, o segundo requisito é objetivo, e independe da pessoa, mas do estado da arte da medicina.

A doença é “incurável” quando os tratamentos médicos e farmacológicos contemporâneos não conseguem a sanar. Ela é “séria” quando sua natureza é penosa, dura, pesada, contrariamente a doenças incômodas, mas leves, que são suportáveis, ainda que bastante severas. Ulteriormente, o distúrbio deve ser a “causa do sofrimento”, ou seja, por mais séria e incurável que seja uma doença, o sofrimento do paciente pode advir de outras condições, não correlatas a ela, como sociais, econômicas, financeiras e relacionais.

De modo a evitar qualquer subjetivismo no preenchimento desses critérios, a lei determina, em seu art. 3º, §2º, 3º, que o médico consulte outro médico sobre a natureza grave e incurável da doença, especificando os motivos da consulta. Esse segundo médico consultado toma conhecimento do prontuário médico, examina o paciente e garante o caráter constante, insuportável e duradouro do sofrimento, declinando suas conclusões num relatório.

Apesar do debate intenso, especialmente na Câmara dos Representantes, sobre a possibilidade de aplicação da eutanásia, nesses termos, a pacientes não terminais, preferiu-se deixar de lado a “terminalidade” da doença por dois motivos. Primeiro, os profissionais médicos defenderam que tal adjetivo traria enorme insegurança, pois nem sempre é possível determinar, com grau de certeza satisfatória, em que momento o paciente passa a ser terminal (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 803).

Como as doenças não possuem “fases”, num sentido holometabólico,<sup>95</sup> ou sequer desenvolvimento linear, e eventualmente desenvolvimento bastante variegado, a

---

<sup>95</sup> O holometabolismo é o termo biológico aplicado aos insetos que possuem metamorfose completa, dividida em ciclos de vida bem determinados, cujo exemplo mais visível é a borboleta. Os animais da

depende do histórico familiar, das condições de saúde, de vida pregressa e do tratamento de cada pessoa, é virtualmente impossível estabelecer com clareza um ponto na “linha da doença”. A terminalidade de uma moléstia é, em verdade, um processo, geralmente reconhecida quando o fim, de fato, já está muito próximo.

Segundo, o tipo do sofrimento não muda para a pessoa, tomando-se o critério subjetivo analisado, esteja ela numa fase terminal ou não. Ao contrário, do ponto de vista do sofrimento em si, parece mais lógico providenciar a eutanásia àquele que não está em estágio terminal, já que em termos quantitativos, sofrerá ele menos que se estivesse em fase de terminalidade (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 803). Condenar-se-ia alguém a sofrer mais exatamente porque tem mais tempo a sofrer, o que parece uma contradição em termos.

Nada obstante, a lei belga diferencia o doente terminal do doente não terminal. De modo a evitar o uso desse termo, ela estabelece uma distinção entre morte breve (*décès brève*) e morte não breve (*décès non brève*). Caso a doença não cause a morte da pessoa brevemente, outro médico deverá ser consultado, segundo o art. 3º, §3º, 1º e 2º, da lei. Nesse caso, o segundo médico, psiquiatra ou especialista na patologia, sabedor dos motivos da consulta e com o prontuário médico em mãos, examina o paciente.

Ele se assegura sobre o caráter constante, insuportável e duradouro do sofrimento físico ou mental e da característica voluntária, refletida e repetida do pedido. O médico – que obrigatoriamente será independente tanto em relação ao paciente quanto em relação ao médico que solicitou a consulta e ao outro médico consultado – deve fazer um relatório, declinando suas conclusões.

Com base nesse relatório, o médico vai informar o paciente sobre os resultados da consulta, mantendo ou revendo a decisão de levar a cabo o procedimento. Ainda assim, o art. 3º, §3º, 2º, exige que o médico deixe haver pelo menos um mês entre a solicitação por escrito do paciente e a eutanásia. Contrariamente à regra geral de que é o médico responsável o mais indicado a definir o tempo que deve haver entre o pedido e a execução, no caso de morte não breve a lei estabelece taxativamente o mínimo. Tal se

---

superordem dos insetos de subclasse *Pteryota* apresentam três fases de desenvolvimento distintas: larva, pupa e imago.

sustenta para que haja um lapso temporal de reflexão maior ao paciente, já que, em tese ao menos, ele ainda teria longo tempo de vida.

O problema do que seria terminalidade ou morte breve, seja qual for a denominação, persiste. Por isso, a Comissão recomenda, com base nesse dispositivo, que se considere, para fins de aplicação da distinção legal, que a morte não breve seja caracterizada como a situação na qual “a morte não se espera no mês seguinte” (CFCEE, 2014). Isso porque não faz sentido esperar um mês se o paciente irá morrer em tempo igual ou inferior a esse, o que tornaria inócua a própria lei.

Na prática, o Sétimo Relatório da Comissão, relativo ao biênio 2014-2015 (CFCEE, 2016), mostra que, em 85% dos casos, os médicos julgaram se tratar de caso de morte breve, ao passo que, em 15% dos casos, a morte não ocorreria brevemente. O relatório ainda aponta que nesse grupo incluem-se essencialmente as moléstias neuromusculares evolutivas fatais que causam tetraplegia, paralisias múltiplas graves, distúrbios neuropsicológicos e outros transtornos.

Por fim, a lei belga exige que a condição médica seja sem esperança e que o sofrimento do paciente não possa ser aliviado. A rigor, ambas as situações são siamesas, já que se para o sofrimento de alguém – especialmente físico – há algum medicamento que o reduza, alivie ou o trate, “há esperança”. Essa avaliação deve ser feita objetivamente, a partir do estado da arte da medicina. Se há algum medicamento eficaz, não se pode apelar à eutanásia.

Segundo Bondt e Vansweevelt (2006, p. 806), isso significa que a lei se aplica aos casos em que a moléstia é incurável, qual seja aquela que a medicina não mais propõe qualquer alternativa curativa. Daqui se tira importante conclusão sobre a racionalidade da lei: a eutanásia é o *ultimum remedium*. Apenas quando há impotência geral quanto ao grave sofrimento de alguém pode ela socorrer, ainda que de maneira sumária, ao final.

Veja-se que, quanto a isso, o ponto de vista do paciente não é levado em consideração. A análise é objetiva quanto à existência de tratamentos alternativos. Por isso, mesmo se o paciente se recusar aos tratamentos, a eutanásia não pode ser utilizada (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 806). Se a pessoa, voluntariamente, rejeita os

tratamentos ou solicita que os tratamentos em curso sejam parados, essa escolha não influencia a impossibilidade de eutanásia, nesses casos.

Trata-se de situação outra, não albergada pela lei. A rigor, porém, a lei belga permite que essa escolha seja levada a efeito, não podendo o médico obrigar o paciente a tratar-se, se ele recusa, mesmo depois de informado sobre as consequências dessa escolha. Em alguma medida, é a mesma solução adotada por inúmeros países, mesmo nos quais as práticas eutanásicas são proibidas.

Outra questão que aflige a aplicação desse dispositivo é a “perspectiva” oferecida por tratamentos que existem, ou seja, se tratamentos atualmente existentes têm o condão de propiciar efetivo tratamento, e não mera expectativa de tratamento. Segundo Bondt e Vansweevelt (2006, p. 806-807), deve-se analisar tal questão a partir de três aspectos diferentes, mas correlatos.

Primeiro, deve-se questionar se o tratamento existente pode, efetivamente, melhorar a situação do paciente. Segundo, esse julgamento em abstrato deve obedecer a um balanço entre os resultados esperados com o tratamento e a efetiva melhora de vida da pessoa, de um lado, e as desvantagens e o peso do tratamento ao doente, seus efeitos colaterais. Por fim, essa perspectiva deve ser vista sob um ponto de vista temporal, ou seja, se a melhora do paciente será palpável num futuro próximo, compensando o eventual tempo de espera que a pessoa terá de lidar com o fardo do sofrimento, ou se não.

Todas essas análises devem partir de um critério de proporcionalidade, não a partir de uma absolutização – que a rigor é impossível –, mas de uma razoabilidade. Assim, a condição de saúde da pessoa é efetivamente sem esperança, como, por exemplo, em caso de câncer maligno metastático, ou quando, apesar de ainda ter razoável tempo de vida, a ciência não tem um tratamento adequado para o estágio de sua distrofia muscular, ou quando a quimioterapia traz efeitos tão devastadores que o ganho de tempo de vida já não mais traz mais vantagem, antes mais sofrimento.

Inúmeras outras situações dramáticas igualmente trazem esse critério à tona. Casos que tratam de doenças progressivas e letais (esclerose múltipla, esclerose lateral amiotrófica, SIDA) e casos traumáticos (secessão do tronco medular, danos sofridos por militares em campanha, cegueira precoce, queimaduras extensas), significam, por vezes,

sofrimento excessivo e um sentimento de que a vida se tornou indigna e que o sofrimento é insuportável.

Vale ressaltar que, de qualquer modo, não se afastam, em qualquer caso, os cuidados paliativos previstos na lei própria (BÉLGICA, 2002c), aprovada pouco tempo depois da Lei da Eutanásia. O paciente pode optar por continuar com os cuidados paliativos, apesar de elegível à eutanásia, sem que se lhe imponha a solução mais letal, por óbvio. No entanto, o inverso não se aplica; se o paciente preenche os requisitos previstos em lei, recebendo parecer favorável dos profissionais médicos, não pode ele ser obrigado a manter os cuidados paliativos (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 808).

Isso por duas razões. Primeiro porque os cuidados paliativos podem ser recusados pelo paciente ou, se já aceitos, suspensos, se retirado o consentimento, com base em sua autodeterminação. Essa previsão é explícita no art. 8º, §4º, da Lei dos Direitos dos Pacientes (BÉLGICA, 2002b). Segundo, porque os cuidados paliativos voltam-se especificamente para o alívio da dor, não se os considerando verdadeiro tratamento curativo, pelo que a morte iminente é inescapável (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 808).

Nesse sentido, a CFESP <sup>96</sup> (2008, p. 102), poucos anos após o estabelecimento da eutanásia da Bélgica, esclareceu que os cuidados paliativos e a eutanásia não constituem políticas de duas velocidades, mas aproximações não excludentes. O paciente que optou pelos cuidados paliativos não pode ter a eutanásia negada, se concluir, posteriormente, que “não vale mais a pena tentar”; igualmente, aquele que escolheu de antemão a eutanásia não prescindirá dos cuidados paliativos, até que ela seja levada a cabo, sob pena de impingir sofrimento maior a ele nos últimos dias de vida.

Outro aspecto relevantíssimo dessa lei é a obrigação de informação que o médico tem. O art. 3º, §2º, da Lei da Eutanásia, estabelece o dever geral de informação do médico, ao passo que o item 1º traz as informações que são mais relevantes, consistindo no núcleo duro desse dever do médico. Esse dispositivo traz as informações mais importantes que o paciente precisa ter conhecimento antes que possa formar seu convencimento sobre a continuidade, ou não, de seu desejo.

---

<sup>96</sup> *Cellule fédérale d'évaluation des soins palliatifs*, ou Unidade Federal de Avaliação dos Cuidados Paliativos, que é uma das organizações responsáveis pela coordenação dos cuidados paliativos na Bélgica, sejam eles ministrados em hospitais, em casas de repouso, em asilos ou mesmo a domicílio.

Ele exige que o médico informe o paciente sobre seu estado de saúde e sua expectativa de vida, consulte as razões do pedido eutanásico do paciente e discuta com ele as possibilidades terapêuticas ainda possíveis e as possibilidades de cuidados paliativos e suas consequências. Ou seja, quando o paciente questiona o médico acerca da eutanásia, este deve fornecer àquele todas as informações possíveis.

Espera-se que, com o máximo de informações, o paciente tenha real noção sobre sua condição de saúde, as perspectivas médicas e farmacológicas existentes em seu caso, a extensão de sua moléstia, a sua expectativa de vida, as expectativas de tratamentos alternativos, os tratamentos que ainda não foram feitos, as perspectivas desses tratamentos e seus efeitos colaterais e as demais situações que podem ser importantes ao caso. Com isso, a pessoa tem todas as informações necessárias ao seu julgamento.

Se, com base nessas informações, a pessoa continua convicta de sua escolha, o próprio médico deve chegar, junto com ela, à convicção de que não há alternativa razoável em sua situação e de que seu pedido é voluntário. Ou seja, após informá-la, o médico é informado e, assim, se convence da situação. Veja-se, portanto, que o dever de informação é, em realidade, via de mão dupla, eis que se o paciente não informa o médico adequadamente de sua situação, ele não ficará convencido e, assim, não dará o aval necessário à execução do procedimento.

Mas não é só isso, pois o item 2º ainda exige continuidade dessa mútua informação. Exige-se que médico e paciente conversem várias vezes, em intervalos de tempo razoáveis, tendo em conta a evolução de sua condição, de modo a garantir a persistência de seu sofrimento físico ou mental e seus desejos. O dever de informação, portanto, não é aferível apenas espacialmente – todos os “lugares” nos quais a informação se contém –, mas também temporalmente – várias vezes em intervalos de tempo razoáveis.

Além disso, a lei exige, em seu item 3º, que essa informação não se restrinja à relação médico-paciente. Deve o médico consultar outro colega sobre a natureza grave e incurável da doença. Este segundo toma o prontuário em mãos, examina a pessoa e se assegura sobre o caráter constante, insuportável e duradouro do sofrimento físico ou psicológico, redigindo novo relatório. De modo a afastar qualquer influência ou viés em

sua percepção, esse médico deve ser independente tanto em relação ao paciente quanto em relação ao médico que lhe consultou.

Igualmente, ele deve conhecer a patologia que acomete o enfermo. Segundo o Sétimo Relatório da Comissão (CFCEE, 2016), em 53% dos casos esse médico era um generalista, em 39% um especialista e em 8% dos casos era formado em cuidados paliativos. Feito o relatório, o médico deve informar a pessoa sobre os resultados dessa consulta e, eventualmente, discutir com ela algum ponto que seja mais relevante ou que cause dúvida.

Se há uma equipe médica, constituída pelos mais diversos profissionais – como enfermeiros, terapeutas ocupacionais, psicólogos, fisioterapeutas, nutricionistas, biomédicos, assistentes sociais, médicos generalistas, médicos especialistas etc. –, que está em contato regular com a pessoa, o médico responsável deve discutir o pedido dela com eles. O que se pretende é colher informações a respeito da situação de saúde e do desenvolvimento da patologia com todos aqueles que orbitam ao redor da pessoa.

O item 5º ainda exige que, se a pessoa desejar, deve o médico chamar os parentes que aquela designar para discutir o seu pedido com estes. Assim, a família tem a oportunidade de conversar pessoalmente com o médico responsável pelo procedimento, juntamente com o familiar em questão. Espraia-se as informações, evitando-se que os familiares acreditem que o próprio médico coaja o paciente.

Especificamente no caso de menores, ainda se exigem mais informações especializadas, por força do item 7º, do art. 3º, §2º, que fora incluído pela Lei de 13 de fevereiro de 2014, a Lei da Eutanásia para Menores. Deve-se, nesse caso, consultar um psiquiatra infantil ou psicólogo, informando-se, conforme a alínea 2, tanto a pessoa quanto os seus representantes legais sobre o resultado dessa consulta.

A Lei da Eutanásia para Menores ainda reclama que o médico converse com os representantes legais do menor, fornecendo todas as informações mencionadas anteriormente, com especial relevo àquelas relativas à patologia, às chances de recuperação, à sobrevida do menor, aos cuidados paliativos disponíveis etc. Somente depois dessa conversa, estando os representantes legais informados, é que eles manifestarão seu acordo sobre a aplicação da eutanásia ao menor.



Caso a morte da pessoa aparentemente não ocorra no curto prazo, o §3º determina que o médico deve ainda consultar mais outro médico, psiquiatra ou especialista na patologia. Segundo o Sétimo Relatório da CFCEE (2016), realizado em 2015, em 64% dos casos, esse médico era um psiquiatra e, em 36%, um especialista na patologia. Os relatórios sobre a lei mostram uma constância nesses números, eis que o 1º Relatório (CFCEE, 2004) apontava que, em 68% dos casos, esse médico era um psiquiatra e, em 32%, um especialista na patologia, ou seja, a variação mais de uma década é desprezível.

O médico consultado repete o mesmo procedimento daquele que o consultara anteriormente: consulta ao prontuário, conversa, assecuramento das condições de saúde, relatório e conclusão. Tal qual o médico que solicitou a consulta e o médico que fora consultado em primeiro lugar, este médico também deve ser independente tanto em relação aos outros médicos quanto ao paciente. Valem, aqui, os apontamentos feitos anteriormente.

Além disso, o termo “aparentemente” deve ser entendido como “claro a todo médico razoável que o paciente não morrerá num futuro próximo” (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 810). Ou seja, essa consulta só se exige se a morte do paciente, com razoável grau de certeza, não vier a ocorrer em breve. Em relação aos termos “breve”, por sua vez, como se viu anteriormente, a Comissão recomenda que se considere, para fins de aplicação da distinção legal, que a morte não ocorrerá “no mês seguinte” (CFCEE, 2014).

De acordo com esse relatório, em aproximadamente metade dos casos que terminaram com a execução da eutanásia, outros médicos foram consultados, para além daqueles exigidos pela lei (médico principal e médico consultado; mais um médico, se fosse o caso de morte não breve; mais um psicólogo infantil ou psiquiatra, se fosse o caso de um menor de idade). Ou seja, em 50% dos casos consultou-se um terceiro, quarto ou mesmo quinto médico, sem que fosse exigido.

Outra inovação importante trazida pela Lei da Eutanásia para Menores foi, por exigência do §4º/1, que se disponibilizasse acompanhamento psicológico aos familiares da pessoa, para que se minorasse os efeitos da decisão no seio familiar. Essa mudança

legislativa ocorreu por proposta da CFCEE, depois que se viu que muitos familiares ficavam desnorteados quando da decisão de termo antecipado à vida.

Doenças terminais podem, indubitavelmente, significar um ciclo decisório extenuante para a pessoa e sua família. Eventualmente, ela ignorará boa parte dos efeitos de sua decisão sobre sua família, especialmente nos casos de doenças extremamente debilitantes, dada sua peculiar situação. Os efeitos negativos podem mesmo ser minorados por ela, que não crê que sua decisão tenha impacto tão profundo, a despeito da radicalidade decisória (HARDWIG, 2009, p. 63).

O Capítulo V da Lei da Eutanásia (BÉLGICA, 2002a) detalha o funcionamento da CFCEE. Essa lei é objeto de inúmeras propostas de lei de reforma. A maioria delas para aclarar determinados pontos obscuros ou corrigir pequenas falhas, sem maiores impactos, como, por exemplo, incluir os professores eméritos (já aposentados) e as pessoas encarregadas do curso, como Coordenadores, Chefes, Diretores e afins (que momentaneamente não lecionam, eventualmente) no rol dos professores aceitos para compor a Comissão. Os procedimentos mais específicos, por seu turno, ficam a cargo de Decretos Reais (*Arrêté Royal*) deliberados na reunião do Conselho de Ministros.

O art. 6º, §2º, cuja nova redação foi dada pela Lei de 16 de junho de 2016, na esteira das correções supramencionadas, estabelece que a Comissão é composta por 16 membros, escolhidos com base em seus conhecimentos e experiências nos temas que são da competência da Comissão. Desses membros, oito devem ser médicos – sendo que quatro deles, ao menos, devem ser também encarregados dos cursos, professores universitários ou professores eméritos belgas –, quatro devem ser encarregados dos cursos, professores universitários ou professores eméritos de direito de universidades belgas ou advogados e outros quatro devem ser indicados por instituições relacionadas à problemática dos pacientes com doenças incuráveis.

Os membros da Comissão não podem cumular a função com cargo eletivo de quaisquer Assembleias Legislativas ou como membro do governo federal, das comunidades ou das regiões (francófona, neerlandesa ou da capital). Eles ainda devem ter paridade linguística (metade de língua francófona e a outra metade de língua neerlandesa), de gênero (metade de cada um dos dois grupos linguísticos tem de ser composta de homens e a outra metade de mulheres).

Os membros são nomeados por Decreto Real após a escolha feita pelo Conselho de Ministros a partir de uma lista dupla elaborada pelo Senado, para mandato de quatro anos, cabendo reeleição. São escolhidos também suplentes e dois Presidentes, um de língua francófona e outro de língua neerlandesa, estes eleitos pelos próprios pares da língua respectiva. Todas as deliberações da Comissão devem ser feitas com a presença mínima de dois terços dos membros presentes.

Segundo Walter De Bondt, professor de direito da Universidade de Ghent e de Bruxelas e um dos membros da CFCEE, “um dos pré-requisitos para uma boa legislação sobre eutanásia é um controle eficiente” (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 785). Por isso, a composição da Comissão deve ser tão diversificada quanto possível, congregando não apenas profissionais de áreas diversas, mas também de regiões linguísticas diferentes e de gêneros diversos. Afasta-se, também, aqueles que detêm cargos eletivos e governamentais, para evitar conflitos de interesses mais contundentes.

A CFCEE congrega funções legislativas, executivas e judiciárias. Legislativas porque, como visto, publica bienalmente um relatório detalhado sobre a eutanásia, que inclui uma parte voltada ao aperfeiçoamento da legislação por meio de uma série de proposições de Decretos Reais e de modificação da própria Lei, voltadas ao Senado. Executivas porque compete à Comissão executar a lei naquilo que lhe cabe. Judiciárias porque ela julga os procedimentos, detém o poder de punir internamente os médicos que os descumpram, e pode dar início ao processo que, posteriormente, é enviado ao MP para apuração de eventual crime.

No âmbito das funções executivas, o art. 7º da Lei determina que a Comissão deve elaborar um documento de registo que deve ser preenchido por um médico sempre que ele execute a eutanásia. Esse documento é de suma importância, pois é a partir dele que, por exemplo, são elaborados os relatórios anuais, são feitas as anotações para complementação, pelo médico, caso haja omissão de informações, e que, na eventualidade de um envio de denúncia ao MP, estão contidos os elementos da promotoria e da defesa. Ele consiste em duas partes.

A primeira parte, que deve ser selada pelo médico, é estritamente confidencial e deve ser transmitida após o procedimento à Comissão. O documento somente pode ser

consultado após uma decisão da Comissão e não pode, em nenhuma circunstância, servir de base à avaliação da Comissão. Ele deve conter os seguintes dados:

1. nome e endereço completo do paciente;
2. nome completo, número de registo INAMI <sup>97</sup> e endereço do médico;
3. nome completo, número de registo INAMI e endereço do(s) médico(s) que tiver(em) sido consultado(s) para a demanda de eutanásia;
4. nome completo, domicílio e qualificação de todas as pessoas que foram consultadas pelo médico, as datas das consultas, e, no tocante ao paciente menor, se ele fora emancipado;
5. se houve uma declaração antecipada de vontade e se ela designava uma pessoa ou pessoas de confiança, nome completo do(s) pessoa(s) de confiança que interveio(ieram);
6. nome completo, número de registo INAMI e endereço do farmacêutico que entregou a substância eutanásica, nome e quantidade dos produtos entregues, bem como, se for caso, o excesso devolvido ao farmacêutico.

O último item desse artigo foi inserido na lei original posteriormente, pela lei que trata das funções do farmacêutico no procedimento eutanásico e que permite a ele fornecer os medicamentos necessários ao médico (BÉLGICA, 2005). Parece óbvio, mas o farmacêutico também não pode sofrer penalidades por fornecer o produto eutanásico, ou a própria Lei da Eutanásia seria de todo inútil, por ser inaplicável.

A segunda parte, que também é confidencial, igualmente deve ser transmitida após o procedimento à Comissão. Ela é voltada ao procedimento em si, as suas circunstâncias, à situação do paciente e ao cumprimento das exigências legais. Esse documento é utilizado pela Comissão para avaliação da conduta do médico e para a utilização nos relatórios anuais. Ele deve conter os seguintes dados:

1. sexo, data e local de nascimento do paciente;
2. data, local e hora da morte;

---

<sup>97</sup> *Institut national d'assurance maladie-invalidité* – ou Instituto Nacional de Saúde e Seguro Invalidez – é um órgão que não encontra paralelo no Brasil, mas é uma espécie de instituição unificada de saúde nacional, congregando órgãos distintos no Brasil, como INSS, DPVAT, ANVISA e órgãos de classe da saúde, como CRM, CFM, CRF, CFF, Coren, Cofen etc.

3. menção da condição acidental ou patológica grave e incurável em que o paciente estava sofrendo;
4. natureza do sofrimento, se era constante e insuportável;
5. por que esse sofrimento foi descrito como insuportável;
6. os elementos que ajudaram a garantir que o pedido foi feito voluntariamente, com cuidado e repetidamente e sem pressão externa;
7. se era possível estimar que a morte ocorreria no futuro próximo (morte breve);
8. se houve uma declaração de vontade;
9. procedimento seguido pelo médico;
10. qualificação de médicos consultados, os conselhos e as datas das consultas;
11. qualificação das pessoas consultadas pelo médico e as datas das consultas;
12. como a eutanásia foi realizada e os meios utilizados.

Consoante o art. 8º, preenchida essa parte, o médico a envia, juntamente com a primeira, à Comissão, começando uma de suas funções judiciárias. A CFCEE verifica se a eutanásia foi realizada de acordo com as condições e os procedimentos legais. Em caso de dúvida, a Comissão poderá decidir, por maioria simples, levantar o anonimato do médico. O Conselho toma conhecimento da primeira parte do documento e pode pedir ao médico para explicar todos os itens do arquivo médico. Ele apresenta sua defesa e a Comissão se pronuncia, no prazo máximo de dois meses.

Quando, por decisão tomada por maioria de dois terços, o Comitê considera que as condições legais não foram cumpridas, ele envia o arquivo para o promotor do lugar da morte do paciente. Se o levantamento do anonimato revelou fatos ou circunstâncias que possam afetar a imparcialidade do julgamento de um membro do Comitê, esse membro não mais participa do exame do caso. Ou seja, a CFCEE age numa espécie de juízo prévio (que inclui as regras processuais clássicas de impedimento e suspeição), julgando internamente a prática de infração e remetendo ao MP para apreciação de eventual crime.

A legislação pretende, de um prisma, resguardar ao máximo o paciente, prevendo sigilo e confidencialidade de modo bastante profundo. O art. 12 da Lei da Eutanásia, nesse escopo, prevê que qualquer pessoa que, por qualquer razão, aplique a lei é obrigada a respeitar a confidencialidade dos dados que lhe foram confiados no

exercício de sua função. Não há distinção alguma entre agentes públicos ou privados, aplicando-se o art. 458 do Código Penal belga em caso de violação.

O art. 458 do Código Penal (BÉLGICA, 1867) estabelece que médicos, cirurgiões, técnicos de saúde, farmacêuticos, parteiras e todas as pessoas que sejam depositárias, por estado ou profissão, que revelem segredos que lhes foram confiados, são punidos com pena de prisão de oito dias a seis meses e multa de cem a quinhentos euros. Excetua-se a pena caso quaisquer dessas pessoas sejam chamadas a depor em tribunal ou em comissão parlamentar de inquérito.<sup>98</sup>

Igualmente, a Lei da Eutanásia pretende proteger todos os profissionais envolvidos na aplicação do direito de morrer. A previsão da Lei de 2005 sobre os farmacêuticos deixa isso claro, de modo a afastar qualquer dúvida sobre a ausência de tipificação da conduta de fornecer os produtos necessários à prática eutanásica pelo médico responsável. A proteção se estende, como visto, à forma de julgamento das condutas dos profissionais, que são analisadas primeiramente pelos *pares*, de modo a evitar exposição indevida e a midiatização de situação tão sensível.

Por outro lado, a Lei não proíbe que o MP, por iniciativa própria ou mediante denúncia de qualquer pessoa, abra investigação, independentemente das conclusões obtidas pela Comissão. O mesmo vale para os equivalentes belgas dos CRMs, que igualmente mantêm o direito de aplicar sanções disciplinares aos seus membros (aviso, censura, reprimenda, suspensão e proibição do exercício da medicina), independentemente da CFCEE, especialmente depois que o equivalente belga ao CFM expediu normas sobre o tema (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 785).

Ademais, a lei traz previsões bastante detalhadas sobre o procedimento e uma série de exigências que devem ser estritamente cumpridas. Há a previsão do fornecimento de numerosas informações para que haja efetivo controle por parte da CFCEE sobre as práticas. Assim, evita-se sua banalização por aplicação a casos para os quais a lei não foi pensada, evitam-se procedimentos eutanásicos levados a cabo sem

---

<sup>98</sup> Trata-se do tipo penal de violação de sigilo, portanto. No original: “Art. 458. Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu’on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d’enquête parlementaire) et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d’un emprisonnement de huit jours à six mois et d’une amende de cent [euros] à cinq cents [euros]”.

o devido cuidado pelo médico e que o procedimento seja tomado sem a devida análise e atenção acerca das consequências irretroativas por parte de potenciais pacientes.

### 3.1.2 Diretivas antecipadas de vontade

Além da eutanásia, a Lei da Eutanásia belga também trata das diretivas antecipadas de vontade. O art. 4º, §1º, prevê que qualquer pessoa capaz, maior ou, se menor, emancipado, pode consignar por escrito declaração na qual solicite que um médico antecipe sua morte, para o caso de não poder expressar sua vontade. De antemão, veda-se que menores (se não emancipados) redijam uma declaração a respeito da eutanásia. Desde 2014, pode o menor requisitar a eutanásia, mas sempre por vontade presente, nunca por meio das diretivas antecipadas de vontade.

As alíneas desse dispositivo estabelecem exigências para que o médico possa levar a cabo a vontade da pessoa. Ou seja, a autodeterminação do paciente, se inconsciente, não é plena, mas será respeitada desde que cumpridas as exigências legais. Assim, o médico deve constatar que: 1. o paciente está sofrendo de uma condição acidental ou patológica grave e incurável; 2. ele está inconsciente; 3. a situação é irreversível segundo o estado da arte da ciência.

Nesses requisitos, intenso debate se travou no Parlamento sobre o termo inconsciente. Bondt e Vansweevelt (2006, p. 817) sustentam que nesse conceito se enquadram todas as pessoas que têm perda séria de consciência, ainda que não se possa precisar se integral, como nos casos de comatose (no qual a pessoa não consegue abrir os olhos, falar ou realizar tarefas) e de estado vegetativo persistente (estado pós-coma no qual o paciente, apesar de manter ritmo respiratório e de sono, não observa o mundo exterior conscientemente).

De qualquer forma, cada caso deve ser analisado individualmente, especialmente porque não há como se saber, aprioristicamente, se a condição é irreversível (outro requisito da lei) ou se a pessoa recobrará a consciência. Essa conclusão depende de numerosos fatores, como idade, condição de saúde do paciente e a causa do coma (se traumático ou outro).



Por outro lado, doenças que incapacitam a vontade, notadamente as psíquicas progressivas, como o Mal de Alzheimer, não se incluem nesse conceito, por mais que a demência já tenha resultado em incapacitação jurídica. Assim, uma diretiva antecipada de vontade não pode ser levada a efeito nesses casos, já que o requisito da inconsciência não se encontra preenchido (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 818), mesmo tendo o elemento da vontade pretérita sido satisfeito.

Caso o estado de irreversível inconsciência seja atingido, como nos casos de pessoas com a moléstia mencionada acima, aí pode ela ser levada a efeito, desde que cumpridos os demais requisitos legais, dado que se combinaram os requisitos da inconsciência, irreversibilidade e existência de vontade pretérita. Ao contrário, se ainda no limiar da demência, o enfermo do Alzheimer pode formular um pedido eutanásico com base em sua vontade presente (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 818), cuja aprovação depende, como de hábito, do cumprimento das demais condições.

Essa declaração pode ainda designar uma ou mais pessoas de confiança, maiores, por ordem de preferência, que darão ciência ao médico sobre a vontade do paciente em tratamento. Nos casos de recusa, incapacidade, invalidez ou morte da primeira, a segunda pessoa substitui a anterior, e assim sucessivamente, caso existam mais pessoas. Não há limite ao número de pessoas de confiança que a pessoa pode indicar.

No entanto, o médico assistente do paciente, os médicos consultados e os membros da equipe médica que cuidam do enfermo não podem ser designados para executar a declaração antecipada. Pretende-se evitar, assim, que interesses potencialmente conflitantes sejam postos em jogo, de modo a afastar a pessoa, que sequer pode exprimir sua vontade, de eventuais discussões havidas por aqueles que estão ao lado de seu leito.

Essa declaração pode ser feita a qualquer momento, segundo a alínea segunda. Ela deve ser feita por escrito, elaborada na presença de duas testemunhas – uma das quais, pelo menos, não tendo qualquer interesse material na morte do declarante –, datada e assinada pelo declarante, pelas testemunhas e, se a pessoa achar necessário, pela(s) pessoa(s) de confiança designadas.

Se a pessoa desejosa em fazer a declaração é fisicamente incapaz de redigi-la e assiná-la, permanentemente, sua declaração pode ser escrita por uma pessoa maior à sua escolha, que não pode ter qualquer interesse material na morte do declarante. Ela é feita na presença de duas testemunhas – novamente, sendo que uma delas, pelo menos, não tenha nenhum interesse material na morte do declarante –, especificando-se que a própria pessoa não pode redigir e assinar, bem como as razões dessa sua limitação. A declaração deve ser datada e assinada a rogo pelo redator, pelas testemunhas e, se julgarem necessário, pela(s) pessoa(s) designadas.

Posteriormente, o médico deve atestar a impossibilidade física permanente do paciente em fazê-lo pessoalmente. Esse atestado deve, então, ser anexado à declaração. Novamente, aqui, há a relevante obrigação de informação do médico e de seu papel de chancela “judiciária”, dois temas que merecem bastante atenção nas legislações alienígenas que permitem as escolhas de fim de vida.

De modo a resguardar a isenção dos profissionais quando da eventual eutanásia, eles não podem figurar como autorizadores do procedimento, como mandatários do paciente.<sup>99</sup> Há, aqui, uma certa proximidade com as hipóteses processuais de suspeição do juiz.

A declaração antecipada de vontade, uma vez redigida, no entanto, não é imprescritível. A lei lhe dá um prazo de validade, que é de cinco anos, contados de sua assinatura. Assim, no momento no qual a pessoa se tornou incapaz de expressar a vontade, se a declaração tiver sido subscrita em, no máximo, cinco anos, pode ser considerada; se já passados mais de cinco anos, a declaração não pode ser utilizada. Exige-se, portanto, que, após o prazo, nova declaração seja feita, que será considerada a ratificação da primeira, caso nada seja alterado, contando-se novo prazo quinquenal a partir da ratificação.

---

<sup>99</sup> Pode-se manipular o paciente por intermédio da apresentação de “propostas irrecusáveis”, dadas suas condições contextuais de capacidade cognitiva e volitiva. O desequilíbrio de poderes, de conhecimento e de dependência entre médicos e pacientes torna a manipulação sedutora àqueles, exigindo-se muito para evitá-la (O’NEIL, 2009, p. 26). Compreende-se haver obrigação dos profissionais da saúde de respeitar os valores dos pacientes e evitar serem influenciados por suas próprias crenças quando da decisão sobre tratamentos médicos. Cria-se, assim, uma linha de defesa para a autonomia do paciente, que deve ser respeitada (MILLER, B., 2009, p. 3). Esse é o mote das limitações trazidas pela lei belga quanto à execução das diretivas antecipadas de vontade, de maneira congruente com a real autonomia da pessoa.

Esse prazo, em verdade, serve como mais uma camada de proteção à vontade do paciente. Um dos elementos centrais da vontade relativamente às situações de fim de vida é a informação. A informação é vital para as decisões terminais porque é com ela que a pessoa exerce efetivamente suas escolhas. Somente quando ela tem clareza sobre as eventuais situações que podem lhe ocorrer, quais são os tratamentos e fármacos disponíveis, os seus efeitos colaterais e o estágio de desenvolvimento de novas terapias é que pode, informada, tomar sua decisão.

Há, aqui, profunda conexão com outros dois temas objeto deste trabalho: o termo de consentimento livre e esclarecido e o dever de informação do médico. A nova compreensão da relação médico-paciente e dos limites da ciência médica tornam imprescindível esse prazo de caducidade. Já se viu, anteriormente, os limites e os problemas relativos ao consentimento livre e esclarecido e o dever de informação do médico.

Durante o período quinquenal elencado pela lei, uma doença incurável pode ter se tornado curável, ou pode ter havido o desenvolvimento de terapias e fármacos que tenham o condão de dar melhor qualidade de vida ao enfermo. Nessas hipóteses, é de se visualizar que, sabendo dessas novas informações, a pessoa não mais manteria as diretivas, já que elas não corresponderiam à “vontade real” da pessoa, muito provavelmente (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 816).

Como um ato unilateral de vontade comum, a declaração antecipada de vontade pode ser revogada ou alterada a qualquer tempo. Assim, nada impede que a pessoa, ao término do prazo quinquenal, ratifique-a e, dias depois, a altere, prevendo situações outras nas quais pretende que a eutanásia seja praticada, ou limitando a prática dela a menores atos.

Ainda que todos esses requisitos tenham sido cumpridos, o ato eutanásico não será executado pelo médico. O §2º do art. 4º reclama que o médico, depois de tomar em mãos uma declaração antecipada de vontade, deve verificar se o paciente sofre de uma condição acidental ou patológica grave e incurável, irreversível, segundo o atual estado da arte da medicina, se está inconsciente e se satisfaz às demais condições e aos demais procedimentos previstos na lei.

Feito isso, ele deve consultar outro médico sobre a irreversibilidade da condição clínica do paciente. O médico consultado, com o registro sanitário em mãos, o examina e faz um relatório de suas conclusões. Se o paciente designara uma pessoa de confiança na declaração, o médico a informa sobre os resultados dessa consulta. O médico deve conhecer a patologia objeto da consulta.

Como é habitual na legislação belga, o médico consultado deve ser independente tanto em relação à pessoa quanto em relação ao médico que lhe consultou. A Comissão Federal de Controle e Avaliação da Eutanásia – CFCEE discutiu a exata concepção do termo “independente”. Concluiu-se que esse médico consultado não pode ter laços familiares com ambos, ter subordinação hierárquica em relação ao primeiro médico ou ter tratado do paciente com regularidade anteriormente (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 810).

Do mesmo modo, se uma equipe médica está em contato regular com a pessoa, o médico deve discutir o conteúdo da declaração com eles, assegurando-se sobre a moléstia que a acomete. Se a declaração indicar pessoa de confiança, ele deve discutir com ela a vontade do paciente e, se essa pessoa indicar, deve ele discutir o conteúdo da diretiva antecipada com os familiares do paciente.

A decisão de fim de vida tomada pela pessoa traz consigo carga enorme de responsabilidade e possivelmente engloba o questionamento sobre a situação dos que ficarão vivos após um procedimento de termo à vida. A pessoa toma uma decisão que não envolve apenas a sua qualidade de vida, mas a qualidade de vida de muitos, pelo que a discussão familiar, mais que uma obrigação, é altamente desejável (HARDWIG, 2009, p. 63-64).

Todas essas informações – a declaração antecipada de vontade e todas as discussões que o médico teve com as pessoas indicadas, incluindo os resultados do relatório do médico consultado – devem ser registradas no prontuário do paciente. São informações que, posteriormente, servirão para sustentar a decisão do médico, seja para executar a vontade pretérita da pessoa, seja para negar-lhe a intervenção.

Por fim, o art. 4º, §1º, última alínea, remete ao Rei a incumbência de regulamentar as diretivas antecipadas de vontade. Um Decreto Real, portanto, determina as modalidades para a apresentação, a preservação, a confirmação, a retirada e a

comunicação da declaração de vontade para os médicos em causa, por meio dos serviços do Registo Nacional.

O Decreto Real de 2 de abril de 2003 (BÉLGICA, 2003) fixa os parâmetros para essas declarações. A maioria das disposições desse Decreto são repetições da Lei da Eutanásia, o que não demanda nova análise. O art. 2º estabelece que as diretivas podem ser manuscritas ou datilografadas (o que logicamente abrange também as digitadas em dispositivo eletrônico qualquer e impressas).

As diretivas devem ser registradas no equivalente belga ao cartório de registro civil. As matérias que podem ser incluídas nessa declaração são: a eutanásia, a recusa de tratamento médico (a quais tratamentos, em gênero ou espécie, podem ser discriminados como julgar conveniente a pessoa), a doação de órgãos, a doação do corpo para fins científicos e o modo de sepultamento.

Mais relevantes que a lei em si são a exposição de motivos da lei e o seu anexo, que traz o modelo dessa declaração. É de ressaltar que não é preciso seguir o modelo determinado pelo Decreto, nem mesmo seguir a mesma estrutura, desde que todas as informações legais exigidas estejam nela contida. No entanto, o Parlamento decidiu estabelecer um modelo porque como nem todos têm o mesmo “talento” (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 814), eventuais interessados poderiam deixar de fazê-lo.

Já a exposição de motivos nada mais é do que, de um lado, a justificativa para a necessidade desse detalhamento e, de outro, uma explicação do anexo. Nessa explicação, detalha-se que a declaração se compõe de duas partes, uma obrigatória e outra facultativa. Na primeira parte exige-se a qualificação pessoal, de modo a evitar dúvidas quanto à autoria e dar indícios consistentes de sua capacidade.

Num campo, o redator escolhe se aquela declaração é de solicitação (pretende-se a prática, no caso de vontade presente impossível), ratificação (para os casos de superação do prazo quinquenal de validade), retificação (redução ou aumento das hipóteses inicialmente previstas) ou anulação (revogação do pedido). Deve-se, igualmente, arrolar as testemunhas, incluindo ampla qualificação pessoal, que inclui até mesmo a relação com o redator (se de parentesco, se de amizade ou outra).

A segunda parte, que é facultativa, é voltada para a inclusão das pessoas de confiança, espécies de mandatários da pessoa. Pode-se estabelecer um ou mais

mandatários, em ordem de preferência. A lei, de modo a evitar questionamentos maiores, estabelece que a ordem apontada na declaração é a ordem de preferência do subscritor, não sendo necessário indicar, textualmente, que aquela é a ordem desejada.

O escopo da lei, no entanto, estabelece que a pessoa de confiança não é um representante que age em nome da pessoa em questão ou toma decisões no nome dela se essa pessoa não puder expressar sua vontade (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 815). Objetiva-se, com essas pessoas, levar ao conhecimento do médico a diretiva antecipada, se for o caso, e fazer com que ela participe do processo de formalização do pedido, para lhe dar mais transparência, como visto.

Quando alguém chega a um hospital, inconsciente e nesse estado permanece, abre-se a possibilidade eutanásica, caso a pessoa queira. Presentemente, é impossível sabê-lo, pelo que se apela à vontade pretérita. Não obstante, não há como o médico saber se o enfermo possuía declaração e nem se ele tem meios de tomar conhecimento sobre eventual existência de uma. Por isso, é a pessoa indicada pelo paciente que o faz, presentificando a vontade pretérita do inconsciente.

Vale rememorar que nada impede que a pessoa indicada pelo enfermo simplesmente não o faça, por variadas razões. Nesse caso, restaria sua vontade desconhecida, daí a possibilidade de se listar mais de uma pessoa. Caso a primeira não o faça, pode a segunda, e assim sucessivamente. Presume-se que o antecessor não o fez se o sucessor o fez primeiro, não havendo como aquele obstar a ação deste. O fundamento é bastante pragmático: deve-se dar vazão à vontade pretérita do inconsciente, do modo mais célere possível.

Igualmente, por razões bastante pragmáticas, apesar de a exposição de motivos recomendar que a revogação das diretivas antecipadas seja feita nos mesmos moldes, deixa-se claro que a retirada da *vox* não precisa seguir quaisquer das formalidades do Decreto. Pode-se mesmo fazê-la verbalmente, porque se tem em mente que, numa eventual situação emergencial, a pessoa não terá à disposição as formalidades exigidas para revogar a declaração pretérita.

Preferentemente, a todas as pessoas de confiança indicadas deve ser dada publicidade sobre a revogação, ou, ao menos, ao cabeça de lista, se informal. O princípio é de que basta uma única demanda requisitando a revogação da declaração antecipada

de vontade para que não mais se considere a última. A publicidade do ato, se não formalizado, incumbe à própria pessoa, de qualquer sorte (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 817).

Saliente-se, ainda, que se a pessoa redigiu declaração antecipada, “mas está em estado, no momento em que a eutanásia poderia ser praticada, de manifestar sua vontade, então seu pedido atual tem primazia” (BÉLGICA, 2003). A lei estabelece que, num eventual conflito entre a vontade pretérita e a vontade presente, prevalece esta, dado que, temporalmente, é mais próxima do evento. Presume-se que a pessoa tem mais informações ao longo do tempo, pelo que sua última vontade é mais adequada a exprimir, com elevada certeza, seu desejo.

Posteriormente, o Decreto Real de 27 de abril de 2007 (BÉLGICA, 2007) trouxe inovação ainda mais prática às diretivas antecipadas de vontade previstas na Lei da Eutanásia, mudança essa tecnologicamente desconcertante. Esse Decreto criou, no âmbito do Ministério da Saúde e do Ministério da Justiça, um Registro Nacional para as diretivas antecipadas de vontade.

A pessoa se dirige (ou terceiro, conforme explicitado anteriormente) ao registro civil e elabora suas diretivas antecipadas de vontade, cumprindo as exigências da Lei da Eutanásia e do Decreto Real próprio. Feito isso, suas escolhas poderão ser exercidas, sempre ao encontro das limitações legais, frise-se, ainda que esteja ela inconsciente. No entanto, como visto, a pessoa fica à mercê das pessoas de confiança que nomeou.

Mas não só isso. Eventualmente, alguém faz as diretivas e menciona à pessoa que encabeça a lista que viajará por longo tempo. Durante a viagem, porém, sofre acidente, fica inconsciente e é ligada a aparelhos de manutenção artificial de vida. Em sua declaração antecipada, essa era uma situação na qual a pessoa demandaria o desligamento dos aparelhos. No entanto, a equipe médica que a atende, já distante de casa, nada sabe. A pessoa, assim, ficaria ligada aos aparelhos eventualmente por longo tempo, até que uma das pessoas de confiança tivesse ciência do ocorrido e tomasse as providências necessárias.

Ainda que temporariamente, o que aconteceu foi exatamente o que a pessoa não queria que acontecesse: ficar ligada a suporte artificial, de modo prolongado, havendo



diagnóstico médico de irreversibilidade. Como as diretivas eram feitas no cartório de seu domicílio, eventualmente haveria demora no encontro de informações.

Foi esse desencontro de informações que motivou a edição desse Decreto Real. A partir dele, a pessoa, após redigir sua declaração, pode se dirigir à administração comunal (órgão regional, parte da Administração Pública) e solicitar que ela seja registrada junto à Comuna. Esse registro alimenta um banco de dados do Registro Nacional e contém vários dados, cujos principais são: dados pessoais, data e local da declaração, termos da declaração, indicação e qualificação das pessoas de confiança (BÉLGICA, 2007).

O Registro Nacional alimenta um banco de dados do Ministério da Saúde, que é acessível aos médicos. Quando atende alguém inconsciente, o médico pode, por uma plataforma *online* própria,<sup>100</sup> acessar esse banco de dados e verificar se o paciente tem uma declaração, quais são seus termos e quem são as pessoas de confiança que ele nomeou. Assim, quando alguém se encontra inconsciente, e cumpridos os demais requisitos legais, pode o médico, com mais facilidade, levar adiante as decisões da pessoa, sem o desencontro de informações existentes nos documentos de papel, exclusivamente.

Obviamente que, encontrando ele informações sobre a declaração, antes de qualquer procedimento deverá consultar as pessoas de confiança colacionadas pelo enfermo. Igualmente, deverá verificar se a informação constante no banco de dados do Ministério da Saúde condiz com uma declaração feita pelo paciente, anteriormente, conferindo se os termos daquela são os mesmos que da declaração física, de modo a evitar qualquer engano.

O procedimento belga demonstra como as dificuldades relativas à presentificação da vontade da pessoa podem ser contornadas, ao menos em parte. Obviamente, alguns problemas não podem ser evitados, porque decorrem da opção pessoal de cada um. Não se pode exigir da pessoa a inserção de declarações calcadas em termos técnicos, precisos ou livres de contradição. Não obstante, a lei e os decretos

---

<sup>100</sup> Plataforma essa muito semelhante, em termos de funcionamento, com o processo judicial eletrônico no Brasil, com necessidade de chave de acesso e validação de identificação eletrônica.

belgas permitem analisar como as diretivas antecipadas de vontade podem, adequadamente, serem tratadas.

Não obstante, as diretivas antecipadas de vontade não recaem no pluralismo conceitual tão problemático. Torna-se irrelevante discutir se o pedido de não ressuscitação feito pela pessoa atendida no nosocômio pode ser considerado eutanásia passiva (já que se trata de uma omissão), eutanásia ativa (já que se trata de conduta médica esperada, ao menos em tese), ortotanásia (já que significa não recorrer a meios extraordinários) ou omissão de socorro.

Igualmente irrelevante se perquirir acerca da “intenção” do médico a respeito do ato, se sabia, ou não, que a morte da pessoa seria consequência do ato omissivo, se pretendia, ou não, que ela morresse ou mesmo se tinha meios para antever com “razoável grau” de probabilidade a morte. O mesmo ocorreria no caso de ressuscitação e posterior conhecimento de uma diretiva antecipada que optava por não manter respiração artificial. Se o ato é considerado eutanásia – ativa, passiva, direta, indireta, voluntária, involuntária, não voluntária – ou ortotanásia, é irrelevante.

As diretivas antecipadas de vontade, protegendo a autonomia da pessoa e verdadeiramente atentando para o modo como o fim dessa biografia chegará ao final, prescinde dessas conceituações. Prescinde-se de debate ao lado do leito de morte de alguém que se torna mais objeto na medida em que é sujeito à vontade alheia.

### **3.2 Análise tipológica e concreção das decisões terminais**

O grande ponto do pensamento abstrator é que o conceito torna idênticos objetos individuais que são, ao mesmo tempo, semelhantes e distintos. Sua semelhança permite que sejam eles considerados dentro de um mesmo “geral determinado” e suas distinções passam a ser consideradas irrelevantes. O grande trunfo dessa técnica, no direito, é que, a partir desse processo, se permite submeter todos esses objetos às mesmas regras jurídicas (LARENZ, 1969, p. 508).

Essa técnica foi fundamental ao Iluminismo jurídico, fazendo com que os juristas aderissem firmemente à ideia de que haveria a real possibilidade de se prover clareza e segurança jurídicas absolutas por intermédio de normas elaboradas de maneira rigorosa.

Para isso, seria necessário garantir absoluta univocidade dos significantes jurídicos. Esse discurso permitia aos tribunais se tornarem autônomos em relação aos demais poderes (ENGISCH, 1977, p. 170-171).

Quando se pensa na antecipação do termo à vida de uma pessoa, automaticamente se a relaciona com o conceito mais alto da escala conceitual: a morte. Antes de se pensar em qualquer situação concreta, a análise subsuntiva deve permitir que determinada ação seja caracterizada como “causadora de morte”. Se a conduta em análise se enquadra, ou não, no conceito de morte é questão de suma importância.

Não sem razão a alteração do conceito de morte cardiorrespiratória para a morte encefálica é de relevância ímpar no direito, notadamente no direito penal. É precisamente por isso que o médico que desliga os aparelhos de suporte vital de pessoa considerada encefalicamente morta não pode ser enquadrado em nenhum dos tipos penais previstos. Isso parece evidente.

De maneira nem tão evidente, o mesmo raciocínio deve ser aplicado àquele que, depois de lavrado o atestado de óbito da pessoa, contra ela usa arma de fogo, “matando-a” imediatamente. Não se trata de homicídio porque esse é o caso de crime impossível, já que a vítima em questão já se encontrava morta, em termos médico-jurídicos, ainda que não em termos fático-biológicos.

Se o desligamento do aparelho evidencia a inexistência de homicídio pelo médico, a ação do projétil ainda suscita dúvida quanto ao afastamento do homicídio. Como visto anteriormente, essa dúvida que automaticamente surge ocorre justamente porque esse conceito, ainda que justificável, não corresponde à percepção comum. Mesmo que a morte encefálica seja equiparada para fins jurídicos à morte propriamente dita, elas correspondem a situações fáticas, a realidades bastante distintas.

A técnica conceitual, porém, apara essas diferenças, ainda que muito caras quando da análise da realidade concreta, em nome da submissão de ambas a um mesmo “geral determinado”. Subsumindo-se ambas as condutas ao mesmo “geral determinado” do conceito em questão, a mesma regra jurídica deve ser aplicada a ambos os casos, sendo irrelevante o que as torna diferente.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> Ainda que, em geral, as discussões sobre o conceitualismo se concentrem nos problemas apresentados pela lei, já que ela tem fundamental relevância nos sistemas do *civil law*, não se trata apenas de crítica ao “direito legislado”. A conceituação encontra maior visibilidade nas normas jurídicas extraídas da lei, mas a

O conceito de “morte” – problemático, ante sua mera convencionalidade, como extensamente tratado no início do trabalho – representa apenas um problema. A técnica conceitual tem como premissa elementar a classificação dos conceitos em cadeias, de modo que o conceito mais geral (gênero) vai se desdobrando em outros conceitos (espécies), que agregam mais algum elemento a distinguir diferentes espécies de um mesmo gênero.

No direito privado, é exemplar, e sem igual em termos de rigor técnico-científico, a classificação do fato jurídico pela literatura de Pontes de Miranda no Tratado de Direito Privado (2012a; 2012b). De pronto, esclarece ele que “a soma, tecido ou aglomerado de suportes fáticos que passaram á dimensão jurídica, ao *jurídico*, é o mundo jurídico” (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 253). Ou seja, da miríade de fatos concretos existentes na realidade, apenas aqueles que são apreendidos pelo direito serão considerados fatos jurídicos aptos a adentrar no “mundo jurídico”.

Entretanto, “nem todos os fatos jurídicos são idênticos”; vale dizer, a partir do momento no qual o fato concreto é capturado pelo direito pelo fenômeno da juridicização, cria-se o problema “de os *distinguir* e de os *classificar*” (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 253), já que os efeitos jurídicos dependerão forçosamente do enquadramento feito às diversas classificações criadas e que submetem o fato jurídico.<sup>102</sup>

---

literatura jurídica e a jurisprudência ocupam papel relevante na técnica conceitual. Ainda que se tenham discussões intensas sobre o peso da legislação, da literatura e da jurisprudência na aplicação do direito, especialmente por conta de pretensão recrudescimento da jurisprudência em detrimento da lei e de uma progressiva perda do *status* da literatura jurídica, esses “embates” são irrelevantes aqui.

Isso porque é irrelevante se o conceito que se está a aplicar seja oriundo de um artigo de lei, de uma súmula de tribunal ou da passagem de uma obra jurídica. Comungam as três fontes jurídicas de uma mesma premissa, qual seja a subsunção de diferentes condutas a um mesmo “geral determinado”, ainda que variem em grau e intensidade. Engisch (1977, p. 198-199) esclarece que as “máximas decisórias” (trechos concisos de importantes decisões judiciais) têm função “semelhante à que desempenham os desenvolvimentos conceituais, as classificações e as subsunções do domínio dos conceitos descritivos”. Como, em se tratando de decisões de fim de vida, a literatura jurídica e a legislação são mais relevantes na realidade brasileira, acabam elas passando por análise mais detida. Por conta do ainda pouco impacto que essas questões tiveram nos tribunais, a jurisprudência aparece de maneira mais “marginal”, geralmente.

<sup>102</sup> Mello (2011, p. 31), cujo norte é exatamente a teoria ponteana, esclarece que o fato de um fato adentrar no mundo jurídico, sendo classificado pelo direito como fato jurídico, não altera sua realidade fática concreta: “A circunstância de o *nascimento com vida* de um ser humano ser considerado *fato jurídico* ao qual se imputa o *efeito jurídico* de o recém-nascido adquirir a *personalidade civil* (= ser *pessoa* para os fins de direito, ou seja, poder ter direitos e obrigações na ordem civil), não altera em coisa alguma o fato biológico do nascimento, como também nada acrescenta ou retira ao ser humano, do ponto-de-vista físico. Quando, em decorrência da escravatura (fato jurídico), o escravo era considerado *objeto do direito de propriedade do senhor* (efeito jurídico) e não *sujeito de direito*, em nada modificava a sua condição de ser

O primeiro grande divisor classificatório é o próprio direito. Se o fato analisado vai de encontro ao ou ao encontro do direito é possível classificá-lo como fato jurídico ilícito ou fato jurídico lícito, respectivamente. A ilicitude, em si, parece conduzir ao direito penal, automaticamente, já que nele a ilicitude é o ponto de partida para que os efeitos jurídicos lá predeterminados surjam; mas o próprio direito civil se ocupa da ilicitude, conforme se depreende de variadas disposições <sup>103</sup> do Código Civil.

A classificação ponteana do fato jurídico expõe com clareza a noção apresentada por Larenz em relação aos conceitos gerais (gênero) que são desdobrados em conceitos cada vez mais específicos (espécies, subespécies e assim por diante). O fato jurídico *lato sensu* é, em apertada síntese, o “suporte fático juridicizado”. O fato jurídico *stricto sensu* é o “suporte fático juridicizado de acordo com o direito” e o fato jurídico ilícito é o “suporte fático juridicizado contrário ao direito”.

Se adentrarmos ainda mais na classificação do fato jurídico de Pontes de Miranda, pode-se agregar mais um elemento às categorias de fato jurídico lícito e de fato jurídico ilícito para que mais um nível conceitual se crie. Se para distinguir as espécies lícitas e ilícitas se adicionou o elemento da contrariedade ou harmonia com o direito, é possível criar novas espécies a partir da existência, ou não, de conduta humana no suporte fático.

Assim, relativamente ao fato jurídico lícito, se não há conduta humana, ver-se-á um fato jurídico em sentido estrito (“suporte fático juridicizado de acordo com o direito,

---

humano, igual, na ordem da facticidade, à do senhor. Hoje, a plena *capacidade civil* se adquire aos 18 anos; se amanhã, por exemplo, essa idade for reduzida ou aumentada, tal mudança não afetará o *ser do homem*; o ter capacidade ou não para praticar atos da vida jurídica não modifica o homem sob o aspecto natural [...] *As modificações por que passam as situações jurídicas jamais implicam alterações na natureza mesma dos fatos*” (MELLO, 2007, p. 11).

Há, aqui, intensa possibilidade de debate, já que o direito, juridicizando o fato, cria e recria não apenas a realidade jurídica, mas a própria realidade fática subsequente, ainda que aparentemente isso seja negado pela teoria proposta. Por exemplo, o fato de o escravo ser tomado como objeto de direito, e não como sujeito, em que pese não altere sua condição fática de ser humano, torna possível a criação de numerosas “realidades fáticas” posteriores, como o poder de vida e morte do senhor, inexistente caso fosse ele tido como sujeito e não objeto. O debate jurídico-filosófico, entretanto, é mais profundo, desbordando da pretensão havida.

<sup>103</sup> A citar, os três principais e mais óbvios dispositivos a respeito:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

independente da conduta humana”), como a duração da vida até certo momento; se há, necessário verificar se a conduta humana é irrelevante ou relevante. No primeiro caso, tem-se um ato-fato jurídico (“suporte fático juridicizado de acordo com o direito, com conduta humana, irrelevante para o ato”), como a violação à boa-fé objetiva no contrato; no segundo, ato jurídico em sentido amplo (“suporte fático juridicizado de acordo com o direito, com conduta humana, relevante para o ato”), como o contrato.

Pode-se ainda desdobrar o ato jurídico *lato sensu* em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico; o negócio jurídico em unilateral ou bilateral e assim sucessivamente. Pontes de Miranda (2012a, p. 255 e ss.) classifica tanto os fatos jurídicos lícitos quando os fatos jurídicos ilícitos, em detalhe. A classificação dos fatos jurídicos a partir da premissa conceitual encontra grande ligação com as questões de fim de vida, já que elas devem ser enquadradas em alguma daquelas categorias.

Por exemplo, o possível enquadramento das condutas eutanásicas na categoria dos negócios jurídicos determinaria que a vontade, relevante não apenas na composição do suporte fático, mas também na escolha das categorias eficaciais, permitiria a emolduração dessa conduta no plano da licitude, de modo a afastar as decisões de fim de vida de seu caráter ilícito. O elemento voluntário, tão caro à classificação ponteana, é igualmente relevante nas questões terminais.

Essa possibilidade, porém, é contingente, e apenas tangencia o *leitmotiv* do presente trabalho. Por isso, pode-se afastar a perspectiva classificatória do fato jurídico, e o enquadramento das decisões terminais no negócio jurídico, especialmente porque o ímpeto classificatório vai de encontro à premissa central de afastamento do pluralismo conceitual – e, conseqüentemente, da classificação dos conceitos.

O sistema jurídico cria uma escala conceitual. Conceitos mais elevados são, ao mesmo tempo, mais extensos e de aplicação mais ampla, mas mais pobres em conteúdo; conceitos inferiores são ricos em conteúdo, mas aplicáveis a situações mais particulares. Desce-se um nível acrescentando-se ao menos um elemento não contido no nível superior, até se chegar ao nível mais alto, que é o mais pobre em conteúdo, mas mais geral. Por mais que o conceito seja de nível inferior e aplicável a situações muito particulares, ele nunca será um “conceito concreto”, eis que ele necessariamente possui algum grau de abstração.

A teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda enquadra-se, mais uma vez, perfeitamente nessa premissa conceitual. Enquanto o fato jurídico *lato sensu* é o conceito mais elevado, aplicável a todas as condutas relevantes para o direito, é pobre de conteúdo. O contrato, por sua vez, que exige descer-se vários níveis da escala hierárquica, é bem mais rico em conteúdo, mas de aplicação bem mais restrita (segundo o estado da arte médico-jurídica nacional, inaplicável às decisões de fim de vida).

Ainda assim, o contrato não tem conteúdo. Mesmo estando mais abaixo na hierarquia conceitual, ele não é concreto, substancial, mas apenas mais substancial que o conceito de fato jurídico. O conceito, como diz Larenz, não pode ser um “conceito concreto”, ainda que mais ou menos concreto na escala hierárquica, já que ele necessariamente possui algum grau de abstração.

Ele é, fora de sua acepção técnico-jurídica de instrumento de circulação de bens, o símbolo de determinada ordem social, bandeira das sociedades oriundas das revoluções burguesas, notadamente (ROPPO, 2009, p. 28). O contrato tem evidente função ideológica, ainda que isso, *de per se*, não signifique depreciá-lo. Roppo (2009, p. 30) identifica que o reclamo feminino quanto à supressão de autorização marital para o livre negócio do patrimônio próprio, ainda que em obediência ao subjacente interesse do capital de afastar os obstáculos à livre circulação de bens, permitiu efetivamente maior emancipação feminina.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> Assim como o reclamo pela consideração adequada e efetiva da autonomia da pessoa quanto às decisões de fim de vida que, mesmo em obediência a subjacente interesse do capital, permite efetivamente maior autonomia à pessoa.

Byk (1997, p. 918-920) afirma que a medicina e seus temas correlatos se exercem cada vez mais sem considerar as fronteiras nacionais. O direito das ciências médicas não é uma microética; é igualmente uma macroética que se afirma também a partir de princípios previamente construídos. As ciências biomédicas revelam duas lógicas. A primeira, com a mundialização da economia, revela o conceito e os métodos de elaboração da *lex mercatoria*. A segunda, com o reconhecimento internacional dos direitos humanos, revela o *jus gentium* e o universalismo metodológico conquistador ou, ao menos, universalista.

As lógicas da *lex mercatoria* e do *jus gentium* são diferentes, mas complementares. Inescapável que as discussões sobre o “direito de morrer” também passem pelas imposições do mercado sobre a vida e a morte. Questões comezinhas, como o vínculo entre a pessoa e o médico, capturada pelo direito pelas lentes do contrato e do direito do consumidor, evidenciam que a *lex mercatoria* não passa desapercibida também nessas relações.

A relação médico-paciente estabelece um vínculo contratual, mas, além, objetiva o comprometimento com a saúde, o bem-estar e a dignidade (Sá, M., 2001, p. 63). A análise técnico-dogmática do contrato que é celebrado entre médico e paciente é periférica, porém, ao trabalho, ainda que não se descure de sua importância.



Nesse caso, houve evidente avanço quanto ao *status quo ante* da condição feminina, o que não retira o caráter ideológico do contrato nem significa viés negativo. A despeito da consideração crescente dos elementos substanciais do contrato, que o expandem notavelmente,<sup>105</sup> ele ainda pressupõe o modelo obrigacional que enfeixa os contratos, quer os tipicamente previstos, quer os não (FACHIN, 2012, p. 53-54).

As relações obrigacionais – com destaque para as contratuais – se apresentam como categoria a-histórica, neutra, reduzida a elementos descritivos e externos ao conceito. Isso induz a uma percepção de que é um puro esquema conceitual (PERLINGIERI, 2007, p. 206). A classificação do fato jurídico responde – em larga medida – à justificação do contrato, o *modus operandi* liberal, ou seja, ela se dá em função do contrato, e não o inverso.

O conceito de contrato atinge também as decisões de fim de vida. No Brasil, em geral, essas decisões esbarram já na primeira premissa classificatória do fato jurídico, qual seja a contrariedade ao direito, sendo tratadas a partir daí pelo critério da ilicitude. Não obstante, se pensadas as decisões de fim de vida sob o enfoque da licitude, certamente parte delas passa a ser capturada pelo direito privado e, conseqüentemente, passa a ser emoldurada de acordo com os conceitos tradicionais do direito civil.

Em se tratando das questões terminais, quando se fala em ilicitude, como no Brasil, seu regramento jurídico deriva, então, não do direito privado, mas do direito penal. De um lado, há esforço para o desdobramento de conceitos de modo a escapar da ilicitude e, conseqüentemente, do direito penal; de outro, pretende-se desdobrar os conceitos que não escapam da órbita penal, de modo a dar tratamento jurídico distinto a situações que, em tese, são diversas.

O modo como se faz isso é contraditório. O conceito maior, a “morte”, é desdobrado em duas espécies, que se conceituam a partir da intervenção humana ou não. Se não há intervenção humana, conceitua-se a “morte natural”; se há, “morte

---

<sup>105</sup> Essa expansão é tanto objetiva quanto subjetiva: “Há, pois, a ética do sujeito: quem contrata não contrata mais apenas com quem contrata (CCB, art. 467); a ética do comportamento: quem contrata não contrata apenas o que contrata (CCB, art. 422, proibidade); e a ética principiológica matizando o espaço público e espaço privado” (FACHIN, 2015, p. 152). É por essa premissa, dentre outras, que Roppo (2009, p. 335 e ss.) identificará o “relançamento” do contrato, ao contrário de seu previsto “declínio”.

provocada” (para não dizer “artificial”). Essa distinção é nitidamente penal, já que o direito penal se preocupa geralmente com a “morte provocada”.

Excepcionalmente, se afasta a norma penal da “morte provocada”, como nos casos de suicídio tentado sem consumação, nos casos de homicídio em legítima defesa e nos casos de aborto segundo as exceções previstas. A “morte natural”, por sua vez, passa ao largo da norma penal. Essa dicotomia está presente de maneira muito evidente nas distinções conceituais feitas pela legislação, pela literatura e pela jurisprudência que proscrevem a autonomia ampla nas decisões de fim de vida.

Não por acaso, o conceito recorrente de ortotanásia apela para a concreção de “curso natural da morte”, de “ausência de intervenção” e de “meios extraordinários e/ou fúteis de tratamento”. Com isso se quer dizer que a morte, nos casos de ortotanásia, “segue o curso natural”, pelo que a morte não foi “provocada” pelo médico e, conseqüentemente, não atrai as normas penais cujo bem jurídico protegido é a vida.

Mesmo quem conceitua a ortotanásia sob essas premissas, crê adequado o afastamento da norma penal quando da morte pela administração dos cuidados paliativos. Deste modo, se administrados medicamentos em doses altas e a pessoa morre, tratar-se-ia de ortotanásia também. O conceito de ortotanásia como “curso natural da morte”, de “ausência de intervenção”, então, ruí quando se trata da teoria do duplo efeito dos cuidados paliativos.

Ademais, a despeito da assunção corrente dessa distinção de “morte natural” e “morte provocada”, o desligamento de suporte vitais de uma pessoa consciente não pode ser enquadrado, segundo boa parte dos conceitos terminais presentes no país, na categoria de ortotanásia. Invertem-se, pois, inexplicavelmente, as noções de “natural” ou “provocada”, já que, por exemplo, o “natural” seria a morte da pessoa em decorrência de um trauma, sendo “provocada” (“artificial”) a continuidade de sua vida. O desligamento do suporte vital corresponderia exatamente a deixar a vida “seguir o curso natural”. Essas ambiguidades são recorrentes no pluralismo conceitual.

As diretivas antecipadas de vontade apelam à categoria negocial (seja como declaração unilateral de vontade, seja como declaração bilateral de vontade, o contrato) para justificar a autonomia da pessoa quanto a determinadas decisões de fim de vida. A própria Resolução nº 1.995/2012 do CFM é clara a esse respeito (“considerando a atual

relevância da questão da autonomia do paciente”). Justifica-se a permissão das diretivas por intermédio da clássica categoria contratual.

A permissão ou vedação das disposições antecipadas segue a lógica da distinção conceitual de “morte natural” e “morte provocada”, de modo a justificar a permissão da ortotanásia e a vedação da eutanásia. Diretivas antecipadas de vontade que têm por objetivo a “morte natural” podem ser consideradas, mas as que têm o objetivo de “provocar a morte”, não. A própria Resolução prevê como aclarar essa controvérsia

As diretivas antecipadas de vontade não são consideradas, segundo a Resolução, se estiverem em desacordo com a lei (ou melhor, se “estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica”), ainda que a própria Resolução reconheça a “inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente”. Ou seja, como a provocação da morte vai de encontro aos preceitos da Código de Ética, não podem ser levadas adiante.

Esses conceitos de “morte provocada” ou “natural” são confusos e contraditórios. Ainda que o Código de Ética Médica não chegue a minúcias a respeito da eutanásia, da ortotanásia e dos cuidados paliativos, compreende-se correntemente que administrar medicamentos sob o pálio da teoria do duplo efeito dos cuidados paliativos ou desligar o suporte vital de alguém não significa provocar a morte. Como a morte, nesses casos, é “natural”, não haveria óbice ético.

De outra banda, o desdobramento dos conceitos que não escapam da órbita penal, como a assistência médica ao suicídio e à eutanásia, também parte do pluralismo para dar tratamento jurídico distinto às situações. Põe-se, de antemão, de lado as contradições e sobreposições que existem entre esses dois conceitos e os demais, como a ortotanásia e a teoria do duplo efeito dos cuidados paliativos.

O ato final eutanásico, realizado por si ou por outrem, ditaria a distinção: assistência ao suicídio no primeiro caso, eutanásia no segundo. Consequentemente, a norma penal aplicável seria diversa: art. 121 ou art. 122 do Código Penal, respectivamente. Mais uma vez, sequer se questionam as variadas possibilidades de se enquadrar o “homicídio eutanásico” na tipificação do homicídio simples (*caput*), homicídio privilegiado (§1º) ou mesmo homicídio qualificado (§2º, inc. II, se considerado o motivo fútil; §2º, inc. IV, se considerada a impossibilidade ou a dificuldade de defesa da vítima).

O pluralismo parte dessa premissa, que já traz dificuldades inerentes, para distinguir a assistência ao suicídio da eutanásia. Assim, se é o próprio paciente a antecipar seu termo vital, trata-se de suicídio, enquadrando-se o médico no crime de assistência ao suicídio; se é o médico a fazê-lo, trata-se de eutanásia, enquadrando-se ele em alguma das hipóteses de homicídio.

Mesmo em países nos quais a pessoa tem autonomia sobre as decisões de fim de vida, o pluralismo conceitual também gera contradições. Na Bélgica, permite-se a eutanásia, mas não a assistência ao suicídio. Isso se explica porque a assistência ao suicídio seria crime impróprio, ou seja, aplicar-se-ia à “clássica” assistência ao suicídio, comum. Não obstante, o equivalente ao CFM belga esclareceu que a assistência médica ao suicídio seria equivalente à eutanásia, enquadrando-se no conceito legal dela.<sup>106</sup>

Curiosamente, no país em que se permite a eutanásia, um clínico geral de Bruges foi indiciado pelo homicídio de cinco idosos. Segundo a promotoria belga, ele não seguiu as regras da Lei de Eutanásia, ao passo que a defesa alega que ele não praticara eutanásia, porque a antecipação do termo vital decorria dos cuidados paliativos, cujas dosagem tinham o condão de reduzir o tempo de vida dos pacientes, mas apenas como efeito colateral. O elemento intencional, mais uma vez, salta aos olhos (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 791).

Na Suíça, por sua vez, permite-se a assistência ao suicídio, mas não a eutanásia. Isso porque a distinção entre as condutas no país não ocorre tanto relativamente ao “ato final”, mas ao modo. A partir de uma interpretação dos arts. 114 e 115 do Código Penal,<sup>107</sup> permite-se a prescrição de medicamentos eutanásicos a uma pessoa e, desde que

---

<sup>106</sup> A lei não abrangeu o suicídio assistido médico por razões pragmáticas. O legislador via uma enorme diferença entre o suicídio assistido e a eutanásia no tocante ao aconselhamento e à responsabilidade do médico: o suicídio assistido médico deixa o paciente pôr termo à vida por seus próprios meios e limitaria a interação com o médico (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 790).

Essa posição foi altamente criticada, dadas as sobreposições entre o suicídio assistido e a eutanásia que, na maioria das vezes, torna as distinções entre ambas as condutas praticamente imperceptíveis. Bondt e Vansweevelt (2006, p. 790) aclaram essa sutil e problemática distinção: “Por que deveria haver uma diferença entre a situação na qual um médico deixa o medicamento letal sobre a mesa do paciente, em sua mão ou na boca dele?”

Beira ao ridículo condenar um médico belga que deixa o medicamento letal sobre a mesa de uma pessoa, mas não o coloca diretamente na boca desta mesma pessoa. Por isso, como dito, o órgão de classe médica belga colocou o suicídio assistido médico no mesmo patamar que a eutanásia- Assim, o médico pode assistir o paciente em seu suicídio quando respeitadas as condições da lei. A CFCEE, ato contínuo, adotou esse mesmo ponto de vista (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 790).

<sup>107</sup> “*Meurtre sur la demande de la victime*”

ela aja ativamente no processo (comprando-o, por exemplo), essa conduta não se enquadra na norma penal. Mesmo que alguém coloque o medicamento na boca da pessoa (porque ela tem restrições motoras), entende-se o ato como assistência, e não como eutanásia.

Na Bélgica, a assistência ao suicídio comum continua criminalizada,<sup>108</sup> mesmo que a assistência médica ao suicídio não constitua crime; na Suíça, em que pese ser vedada a eutanásia, a administração do medicamento diretamente pelo médico não é considerada crime. Essas contradições aparecem justamente porque as situações de fim de vida continuam a ser iluminadas pelo pluralismo conceitual.

Veja-se que mesmo nos países nos quais as práticas eutanásicas são permitidas, como na Bélgica e na Suíça, a manutenção do pluralismo conceitual continua a apresentar contradições internas. A simples descriminalização de condutas eutanásicas não tem o condão de afastar os problemas que essa miríade de conceitos distanciados da realidade concreta cria, ainda que torne menos problemático o enfrentamento dessas questões.

Se no Brasil é relevante questionar se o ato final foi praticado pelo médico ou pelo paciente, quando da ingestão de medicamento fatal, na Bélgica e na Suíça isso é irrelevante. Mas na Suíça continua relevante saber se o médico teve “intenção” eutanásica, na administração dos cuidados paliativos com duplo efeito, e na Bélgica um

---

*Art. 114. Celui qui, cédant à un mobile honorable, notamment à la pitié, aura donné la mort à une personne sur la demande sérieuse et instante de celle-ci sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire*

*Incitation et assistance au suicide*

*Art. 115. Celui qui, poussé par un mobile égoïste, aura incité une personne au suicide, ou lui aura prêté assistance en vue du suicide, sera, si le suicide a été consommé ou tenté, puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire” (SUÍÇA, 1937).*

<sup>108</sup> *Art. 418. Est coupable d'homicide ou de lésion involontaires, celui qui a causé le mal par défaut de prévoyance ou de précaution, mais sans intention d'attenter à la personne d'autrui.*

*Art. 422bis. Sera puni d'un emprisonnement de huit jours à (un an) et d'une amende de cinquante à cinq cents [euros] ou d'une de ces peines seulement, celui qui s'abstient de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à un péril grave, soit qu'il ait constaté par lui-même la situation de cette personne, soit que cette situation lui soit décrite par ceux qui sollicitent son intervention.*

O projeto de Código Penal belga de 1867 continha tipo penal específico e autônomo para a assistência ao suicídio, mas ao final não prosperou a redação desse dispositivo. Na década de 1930, com a revisão do Código Penal francês, houve nova tentativa de criminalizar a conduta, mas novamente ela não avançou. Ao final, a jurisprudência acaba aplicando as normas do art. 418 e, mais comumente, a regra do art. 422-bis do Código Penal belga (MONTERO, 2009).

médico que auxilie um suicídio comum ainda terá sua conduta criminalizada. Continua-se num *cul-de-sac* se se pretende repersonalizar essas relações e dignificar a pessoa.

O pluralismo conceitual é suplantado quando o pensamento conceitual deixa de ser central e se assume outro modo de encarar as decisões de fim de vida. Quando se compreende que a pessoa tem autonomia para fazer essas escolhas, e que essas escolhas dignificam a vida e tornam a morte igualmente digna, é salutar que o pluralismo conceitual seja limitado quando da análise dos fenômenos terminais.

Os conceitos fundados na abstração das características dos objetos e sujeitos a repetidas operações de subsunção constituem “o meio pelo qual o nosso entendimento introduz uma *ordem* estável no fluxo das representações, tornando possível reconhecer imediata e seguramente cada coisa como *tal* coisa”. No entanto, a abstração conceitual, na medida em que prescinde “do conteúdo das representações originárias, desviando-se cada vez mais da plenitude de sentido dos fenômenos jurídicos, acaba por se tornar incapaz de apreender o significado nuclear que lhes subjaz” (LARENZ, 1969, p. 510-516).

O pluralismo conceitual nas decisões de fim de vida tem exatamente os problemas do pensamento conceitual geral. As abstrações e as subsunções da realidade concreta aos conceitos *prêt-à-porter* disseminados na seara jurídica mostram-se insuficientes para dar conta de, efetivamente, dignificar a vida e tornar a morte digna. Por isso, o pensamento tipológico parece abrir caminhos possíveis para que se descortinem novas possibilidades e se visualizem os limites adequados às questões terminais.

Inicialmente, quando se trata de “tipo”, dois “tipos” vêm à mente: o “tipo ideal” weberiano e o “tipo penal” normativo. A análise tipológica proposta para as decisões de fim de vida não se relaciona com nenhuma dessas duas acepções de “tipo”. Quanto ao direito penal, a noção, a classificação e as distinções do tipo são controversas.<sup>109</sup> A

---

<sup>109</sup> O “tipo” é tradicionalmente definido como *Tatbestand* (situação de fato), fundada no modelo causal, objetivo e avalorativo. Pretendem-se conceitos meramente “descritivos”, ou seja, conceitos que apenas e tão somente descrevem objetos reais, que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos. Ainda assim, mesmo estes são compostos por variados conceitos indeterminados, especialmente quando encerram conceitos jurídicos, que têm grau de indeterminação particularmente elevados (ENGISCH, 1977, p. 174-175).

Santos (2006, p. 104-106), porém, esclarece que desenvolvimentos posteriores passaram a distinguir o tipo objetivo do tipo subjetivo, implodindo a noção inicial de Beling. Posteriormente, os elementos normativos do tipo, segundo a teoria de Mayer, descaracterizaram a noção de neutralidade ou ausência de valoração no tipo e demonstraram que o tipo não é meramente descritivo, mas também encerra, em sua estrutura, valores sociais. Por isso, a moderna teoria penal compreende que o tipo é *ratio essendi* da

maioria da literatura jurídica brasileira trata o tipo como mera *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, de maneira criticável e na contramão da moderna ciência penal (SANTOS, 2006, p. 106).

Inaplicável, portanto, a noção de “tipo penal” à tentativa de superação do pluralismo conceitual. Igual conclusão se chega quando se analisa a noção de “tipo ideal” tão característica da teoria sociológica de Max Weber. Ainda que mais próxima da análise tipológica de Larenz, adiante vista, a perspectiva de “tipo” de Weber é essencialmente ligada à noção de “conceito”, cujo pluralismo se pretende evitar.

Weber reconhece que a sociologia, devido à peculiaridade de suas abstrações, cria conceitos que têm de ser relativamente “vazios” em conteúdo em face da realidade histórica concreta. Ela oferece, por sua vez, “univocidade” ao conceito, algo aplicável aos fenômenos racionais. Porém, a sociologia também precisa explicar fenômenos irracionais, adequados pelo “sentido”. Em ambos os casos, a sociologia se distancia da realidade.

Um fenômeno histórico, ao ser analisado, se aproxima em maior ou menor grau de um, ou de mais de um, desses conceitos, tornando-se possível classificá-lo quanto ao tipo. Como um fenômeno pode ter componentes de mais de um desses conceitos, a sociologia precisa criar tipos puros, ou ideais, dessas configurações. Eles mostram a unidade de sentido mais plena possível, pelo que precisamente não são encontrados na realidade concreta.

As construções “típico-ideais” da ação social são classificações “estranhas à realidade”. O agente, na ação real, em regra, não tem consciência do sentido que é dado a sua ação, se é de um tipo ou de outro. Por isso, é irrelevante o “sentido subjetivo” de sua ação, pelo que se deve considerar que ele agiu naquele sentido típico (WEBER, 2000, p. 12-13). Ou seja (TRAGTENBERG, 1997, p. 8),

O conceito de tipo ideal corresponde, no pensamento weberiano, a um processo de conceituação que abstrai de fenômenos concretos o que existe de particular, constituindo assim um conceito individualizante ou, nas palavras do próprio Weber, um “conceito histórico-concreto”.

---

antijuridicidade, e não mera *ratio cognoscendi*. O tipo, assim, é a descrição e a valoração das condutas humanas, ao mesmo tempo.



A abstração de cunho conceitual retira dos fenômenos concretos aquilo que eles têm de geral, considerando acidental aquilo que não se enquadra na generalidade, analisando-se diferentes fenômenos inseridos numa mesma classe. Assim, é possível classificar os fenômenos concretos por meio dos conceitos gerais. Essa conceituação generalizadora estabelece que, assim, é possível considerar quaisquer fenômenos como um caso cujas características gerais se deduzem de uma regra geral.

O “tipo ideal”, por sua vez, toma o desenvolvimento de uma ação social particular e a racionaliza em direção a um único fim, a somente um objetivo que previamente o orienta. Ele estabelece o desenvolvimento ideal da ação, que seja “objetivamente possível”. É por isso que o fato de ser a ação social consciente ou inconsciente não é relevante, especialmente porque, segundo Weber, em regra os agentes não atuam com consciência de seu objetivo racional (WEBER, 2002, p. 36).

Quando se verifica a aplicação do “tipo ideal” na realidade, Weber o aplica de dois modos: “O primeiro é um processo de contrastação conceitual que permite simplesmente apreender os fatos segundo sua maior ou menor aproximação ao *tipo ideal*. O segundo consiste na formulação de hipóteses explicativas” (TRAGTENBERG, 1997, p. 8).

Para que seja possível analisar a ação social, é necessário um “sistema compreensivo de conceitos”, de modo a estabelecer uma terminologia precisa, preliminarmente, para, de posse deles, analisar os fenômenos sociais e construir os tipos ideais. Os tipos ideais seriam puramente conceituais, pelo fato de que, raramente, são encontrados na realidade prática. Weber reconhece que, na análise social “real”, os tipos se encontram misturados, porque os conceitos tipológicos têm fronteiras rígidas entre si.

“A partir dos conceitos mais gerais do comportamento social e das relações sociais, Weber formula novos conceitos mais específicos, pormenorizando cada vez mais as características concretas” (TRAGTENBERG, 1997, p. 10). Essa análise tipológica se diferencia da conceituação pelo fato de que não enxerga os fenômenos sociais como qualitativamente diferentes entre si, mas apenas diferentes em relação ao grau de adequação causal.

O conceito “típico ideal” funciona como um modelo simplificado do real, de modo a permitir que o cientista social analise os fenômenos sociais, complexos e infinitos em

suas causas. Trata-se de um instrumento de análise da “complexidade” do real (BARBOSA; QUINTANEIRO, 2002, p. 103). O “tipo ideal” se aproxima em demasia do processo de abstração que é basal aos conceitos, por isso não parece adequado usar essa categoria na tentativa de dar novo rumo às decisões de fim de vida.

Seja quando se compreende que as decisões de fim de vida são permitidas, seja que são proscritas, a “inarticulação” da ação com seu sentido subjetivo não pode ser apropriada no direito. Weber (1992, p. 315) afasta da análise sociológica, de antemão, os “fenômenos fisiológicos” – relevantes nas discussões terminais – se não orientados subjetivamente de maneira racional. Essa perspectiva da ação social e de sua tipologia, portanto, afasta a aplicação da noção de “tipo ideal” sociológico de Weber.

Isso porque, no caso de proibição dos atos eutanásicos, no qual relevará o direito penal, a avaliação da conduta do agente é articulada com seu sentido subjetivo, com o dolo ou a culpa havida. Inclusive, sua motivação pode ser altamente relevante, já que, conforme boa parte da literatura jurídica assevera, esse é um caso de homicídio privilegiado pela “piedade”. A compreensão do “tipo ideal” afasta completamente esse tipo de análise.

Por outro lado, no caso de permissão, apesar da irrelevância do direito penal, a avaliação da conduta continua dependendo de variados elementos puramente subjetivos. No sistema belga, por exemplo, é necessária a demonstração da “insuportabilidade” do sofrimento, critério esse eminentemente subjetivo e que deve ser consciente. A ação tomada, nesses casos, obedece a um juízo estampado no plano da consciência do agente, que não pode ser desconsiderada de modo a se construir o “tipo ideal” em questão.

A adequação entre o “tipo ideal” e a realidade é tão maior quanto mais racional for a conduta, mas os fenômenos irracionais também podem ser explicados pela sociologia weberiana (BARBOSA; QUINTANEIRO, 2002, p. 102). Como as decisões de fim de vida são adredemente agregadas a uma infinidade de elementos puramente subjetivos e irracionais, há distanciamento evidente entre a realidade concreta e a formulação de tipos ideais.

Ademais, ainda que não se possam confundir os conceitos e os tipos ideais, já que estes podem conter um ou mais daqueles, a metodologia da ação social de índole

tipológica de Weber é claramente dependente do processo de abstração típico do qual derivam conceitos. O próprio Weber define, habitualmente em suas obras, variados conceitos que são, *a priori*, necessários à compreensão do “tipo ideal” utilizado como base de operação metodológica de suas análises sociológicas.

A tipologia weberiana, portanto, parece mais adequada a fenômenos e ações sociais que, a despeito de não se constituírem também de elementos irracionais e involuntários, se pautam pela racionalidade. A busca racional por um objetivo predeterminado marca os tipos ideais de maneira tal que a utilização desse recurso se distancia demasiadamente do que se pretende neste trabalho. Não é desse “tipo” que se trata. É necessário adentrar na noção de “tipo” da metodologia da ciência do direito de Larenz.

Anteriormente já se mencionou como a lógica conceitual funciona, segundo o autor (LARENZ, 1969, p. 506-511). A necessidade da ciência jurídica em construir conceitos e os ordenar num sistema é suprida pela abstração isolante. A abstração ocorre com a apreensão de determinadas características dos objetos, individualmente, dissociando-as do próprio objeto e uma das outras e, ao mesmo tempo, universalizando-as com nome próprio. Com esse processo, as qualidades contingentes da coisa se tornam irrelevantes. O objeto, não mais apreendido na plenitude de suas características, se identifica apenas com um aspecto geral determinado.

A abstração é tão relevante no direito porque permite analisar diferentes objetos como se fossem idênticos, ainda que suas características individuais o contradigam, e, desse modo, torna possível submeter todos às mesmas regras jurídicas e aos mesmos consequentes jurídicos. O grande problema é exatamente como classificar essas características em “essenciais” à formação do conceito e em notas “indiferentes”, ou seja, sem interesse particular à regra em questão.

Ademais, há de se destacar que o conceito pode não ser tomado do mesmo modo nas diferentes “ciências”. Os elementos que integram o conceito, apesar da tendência de partirem de um mesmo início, têm “fins” diferentes. Por isso, o conceito jurídico de algo pode ser diferente do conceito que outras ciências têm para o mesmo objeto de análise.

Isso ocorre com o conceito de animal, para o direito, notadamente na responsabilidade civil, e para as ciências biológicas; ou com o conceito de edifício, no direito, também no âmbito da responsabilidade civil, e na engenharia civil. Os “fins” que o direito, as ciências biológicas e a engenharia civil têm para os conceitos de animal e de edifício são diversas. Mas nada impede que um mesmo conceito seja utilizado de maneira praticamente idêntica em “ciências” diferentes.

Por algum tempo esse fenômeno ocorria com a morte, conceito idêntico no direito e na medicina até a mudança proposta pelo Comitê de Harvard. Com a mudança, o direito continuou a conceituar a morte como a cessação da atividade cardiorrespiratória e a medicina passou a classificá-la como a cessação da atividade encefálica. Posteriormente, o direito simplesmente deixou de ter um conceito jurídico vero e próprio e abraçou o conceito médico, incontinentemente.

Como dito, o sistema jurídico cria uma escala conceitual. Os conceitos mais elevados são mais extensos e de aplicação mais ampla, pelo que mais pobres em conteúdo; conceitos inferiores, ao contrário, são ricos em conteúdo e, por isso, aplicáveis apenas a situações mais específicas. Ao se descer um nível, é necessário acrescentar ao menos um elemento não contido no nível superior, até se chegar ao nível mais alto, o mais geral e mais pobre em conteúdo, concomitantemente.

Se a conceituação fosse perfeita, chegar-se-ia ao ideal de legislação sem lacunas e sem dificuldades interpretativas. Isso, porém, é impossível em face de uma dupla limitação da realidade. Primeiro, porque a vida continuamente cria possibilidades mais e mais complexas que não se enquadram em conceitos rigorosos e, segundo, pois as prescrições legais sempre estão imantadas por juízos de valor, que impedem definições exatas.

Em que pese o ideal inalcançável, a conceituação tem papel ímpar no esforço racional de assegurar previsibilidade, sem o qual o jurista não poderia nortear sua ação na uniformidade da jurisprudência e perderia sua visão de conjunto – para além das dificuldades que já tem. O poder da conceituação de cindir, isolar e reter demonstra a força e, ao mesmo tempo, a fraqueza do direito, arremata o autor.

O direito reconhece, em alguma medida, as limitações desse pensamento há tempos. Diversas técnicas legislativas permitem ao julgador ter mais autonomia em

relação ao “legislado”, que, em geral, pretende solidificar os conceitos de maneira mais rígida. Segundo Engisch (1977, p. 173), os conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos normativos, os conceitos discricionários e as cláusulas gerais são a expressão mais visível dessa tentativa de “afrouxamento da vinculação legal”.

O autor admite que conceitos jurídicos plenamente determinados são raros, sempre havendo espaço de maior ou menor indeterminação. A abertura e a indeterminação dos conceitos jurídicos indeterminados, porém, é diversa, porque possuem eles um “*núcleo conceitual*” e um “*halo conceitual*”. Quando não há dúvidas acerca do conteúdo e da extensão do conceito, está-se diante do núcleo; “onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito” (ENGISCH, 1977, p. 173).

Larenz (1969, p. 515-520) esclarece que o pensamento abstrator prefere sempre conceitos com um número de elementos o mais reduzido possível, tanto porque o exercício de subsunção torna-se mais fácil quanto porque isso configura certa “economia de pensamento”. Isso empobrece substancial e linguisticamente os conceitos jurídicos e os torna incapazes de exprimir uma unidade de sentido dos fenômenos jurídicos. A abstração, na medida em que vai se desprendendo do conteúdo e da plenitude dos sentidos, torna-se incapaz de apreender o significado subjacente.

O esquema abstrator transforma o conceito em algo vazio e, apenas quando levado ao absurdo, é possível verificar como conceitos diferentes estão tão próximos uns dos outros. Esse pensamento faz surgir antíteses contraditórias, que sustentam a estabilidade do sistema, sobretudo em seus escalões mais elevados (público ou privado, vida ou morte). As fundações desse sistema começam a rachar quando um “terceiro gênero” esmaece os contornos, como o nascituro, que não tem capacidade, mas tem, desde a concepção, direitos; ou as empresas públicas, cujo regime jurídico é, em última análise, híbrido.

O sistema conceitual tem seu valor, na medida em que serve de orientação para uma abordagem inicial mais tosca do conjunto. Ele apresenta distinções úteis e didáticas, que não devem ser fossilizadas de maneira excludente mutuamente, mas complementadas. Necessário recorrer a outros métodos que não excluam o método conceitual, antes o complementem, explana ele. Em outras palavras, não se abandonam

os conceitos, mas se vai adiante deles, sem descuidar de sua utilidade e fundamentalidade no direito.

Indo além da análise conceitual, Larenz (1969, p. 526-533), ao tratar de sua compreensão sobre o “tipo”, <sup>110</sup> explana que o “tipo médio *empírico*” é imprescindível para o direito para concretizar as condutas exigíveis das pessoas (o *bonus pater familias* e o *standard* de comportamento oriundo da boa-fé objetiva são exemplares), um “tipo de frequência” de um dado valor. O tipo tem função, assim, de “instrumento de compreensão e explicação das relações jurídicas”, pelo que se caracteriza por ser um “tipo-figura”, um “tipo empírico”.

Partindo de sua aplicação contratual, <sup>111</sup> o tipo é geral enquanto é simultaneamente específico. Não se confunde com “espécie” de um gênero, porque o

---

<sup>110</sup> Ressalta Larenz (1969, p. 521) que no direito é comum utilizar o uso do termo “tipo” de cinco modos distintos, pelo menos: 1. Os tipos da teoria geral do Estado, da história do direito e do direito comparado; 2. Os tipos do direito em geral, tipos jurídicos em sentido estrito; 3. Os tipos do direito penal; 4. Os tipos do direito tributário; 5. Os tipos jurídico-científicos em sentido estrito.

Na sequência, ele (LARENZ, 1969, p. 522-525) passa a detalhar sua análise tipológica, distinguindo os significados do termo “tipo”. O primeiro se relaciona com o “tipo-figura”, tipo médio, conectado à palavra típico, ou seja, uma imagem geral em certa medida intuitiva. Trata-se de uma casa “típica” da montanha, um dia “típico” de determinada estação do ano em certa área, um todo geral que deve ser apreendido como uma totalidade, a despeito das diferenças que existem entre eles.

O segundo é o “tipo exclusivamente intuído ou representado”, que se aproxima do conceito abstrato. Tem com ele em comum o primeiro passo, a distinção e dissociação das características gerais, mas não o segundo, a reunificação do que fora cindido por simples justaposição. Na análise tipológica, o segundo passo é uma reaproximação da noção prévia intuitivas. Por isso se diz que o tipo é meio caminho entre o concreto intuitivo e o conceito abstrato.

O terceiro é o “tipo ideal normativo” – paradigma – e o “tipo empírico” – arquétipo. Trata-se de uma perspectiva platônica de ideais para quais se tende, uma imagem-fim, ainda que inatingível (bom pai de família, Estado, democracia etc.). O tipo é, então, um critério de valor, inexistente na realidade porque serve como modelo. As formas híbridas da realidade, em confronto, se amoldam preferencialmente a um ou outro tipo, mas não perfeitamente a nenhum deles, deixa claro o autor.

O “tipo ideal” weberiano se assemelha ao “tipo empírico”, mas não se confunde com ele e não se amolda ao “tipo ideal normativo”. O tipo ideal weberiano seria um “tipo ideal lógico”, contraposto ao de Larenz, um “tipo ideal teleológico” ou “tipo ideal axiológico”. O próprio Weber afasta o “tipo ideal” da noção de paradigma do “tipo ideal normativo” que é proposto por Larenz, ligando o “tipo ideal” a uma hipótese de trabalho investigativa.

O “tipo ideal normativo”, que funciona como modelo de construção teórica, permite elucidar processos empíricos “típicos”. Com isso, é possível compreender mais adequadamente os casos híbridos (por sobreposição), que ocorrem na realidade, pelo confronto com os “casos limite” que são apresentados pelos tipos. Assim, reconhece-se que a realidade, contingente, apresentará situações híbridas, mas, por intermédio do “tipo ideal normativo”, é possível compreendê-la melhor quando se confrontam essas situações aos tipos previamente demarcados.

<sup>111</sup> Larenz pretende aplicar a análise tipológica nuclearmente às relações contratuais, tomando como base os “tipos” contratuais (no Brasil, as espécies contratuais), os “tipos” de sociedade empresária e os “tipos” de direitos subjetivos aplicáveis ao direito das coisas. Por isso, a linguagem corrente jurídica já falaria há tempos em contratos típicos e atípicos, tipos societários e tipicidade dos direitos reais.

tipo é uma unidade entre outras análogas, ao passo que a espécie é a particularização de um geral; igualmente inconfundível com o conceito porque este abstrai as características individualmente pensadas, ao passo que o tipo é um todo, cujas particularidades só têm significado quando reunidas adequadamente.

Por isso, o tipo é mais rico em conteúdo, em concretude, que o conceito, mais facilmente visto a partir da soma de exemplos do que a partir da soma de conceitos. Os tipos, porque intimamente ligados à realidade concreta, são espécie de “concentrado” da realidade jurídica concreta, não se os podendo pensar descolados dessa concretude, daí permitirem abertura que os conceitos abstratos não permitem.

Passa-se, então, a analisar o tipo propriamente dito (LARENZ, 1969, p. 542-544). Ao tipo não é suficiente a ausência de um ou de outro elemento para que descaracterize o objeto como “atípico”; é possível que falte um elemento, no caso concreto, e a situação se apresenta ainda como “típica”. Um desvio maior dos elementos caracterizará a situação como atípica, mas, ao contrário dos conceitos, os tipos têm contornos fluidos, não rígidos. O que decide se a situação é, ou não, típica é sua “imagem global”.

Enquanto o conceito é definido – pela delimitação exaustiva de suas notas –, o tipo é descrito pela indicação dos aspectos que lhe dão unidade quando correlacionados. Se um fenômeno se subsume ao conceito, porque aquele é idêntico a este, um fenômeno se coordena ao tipo, porque aquele é análogo a este. O conceito só permite diversidade com a construção de sub-conceitos, de espécies, mas o tipo é, em si, mesmo passível de diversificação.

Há passagem de uma análise tipológica para uma análise conceitual quando todos os elementos caracterizados do tipo são “fechados” e se tornam imprescindíveis e exaustivos, tal como ocorre com o direito penal.<sup>112</sup> Os tipos penais não são espécies de conceitos de um gênero maior (por exemplo, o gênero “crimes contra a vida” e as

---

<sup>112</sup> No direito civil, igualmente, Larenz (1969, p. 545) reconhece nos direitos reais esse fechamento mais rigoroso. Penteado (2008, p. 92-96), inclusive, assevera haver tipicidade estrita dos direitos reais na dogmática jurídica brasileira, à semelhança do que ocorre no direito penal, pela exigência acentuada de segurança jurídica nas relações jurídicas de cunho real e pela própria natureza, constituição e funcionamento desses direitos. O STJ, por sua vez, recentemente, no REsp 1.546.165-SP (Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, por maioria, julgado em 26/4/2016, DJe 6/9/2016) estabeleceu a invalidade da penhora da integralidade de imóvel submetido ao regime de multipropriedade (*time-sharing*), reconhecendo certa abertura dos direitos reais.



espécies homicídio, aborto etc.), mas “tipos abertos” que foram posteriormente transformados em “tipos fechados” pela necessidade do próprio direito penal.

Não obstante, a análise tipológica permite “tipos fechados” quando algumas das notas se tornam imprescindíveis para sua verificação, permanecendo outras “abertas” (ao contrário do “tipo aberto”, cujas notas todas permitem abertura). O fechamento do tipo corresponde, em geral, a um reclamo maior por segurança jurídica, de modo a tentar superar, em termos, ao menos, a fraqueza inerente à análise tipológica, que é sua excessiva abertura.

“Tipos abertos” podem ser reconhecidos na legislação. O Código Civil prevê, no art. 113, que os negócios jurídicos sejam “interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Os “usos do lugar de sua celebração” manifestam o “tipo de frequência”. A literatura jurídica reconhece no art. 422, do Código Civil, quanto à boa-fé objetiva, condutas típicas, que compõem o chamado *standard* de comportamento que se espera de um contratante. A distinção entre o contrato de empreitada e de prestação de serviço obedece igualmente a essa abertura tipológica, verificável apenas na concretude do fenômeno real analisado, ainda que a norma legal pretenda distinguir os dois casos a partir da conceituação dos dois contratos.

A análise tipológica permite que verifiquem desvios do “tipo normal”, mas exige atenção nos casos em que o desvio é tão acentuado que torna inconveniente a aplicação dos efeitos jurídicos que emanam do “tipo normal”, por incompatibilidade. Essa técnica exige análise do sentido do tipo em questão. Torna possível, ainda, ao extrair a “essência” das relações jurídicas, reconhecer as “diferenças estruturais entre as diversas relações típicas da vida, e extrair daí conclusões para a interpretação e para o desenvolvimento do Direito” (LARENZ, 1969, p. 551).

Quando se analisa as condutas terminais, a análise tipológica permite evidenciar diferenças e semelhanças que ficam ocultas entre os conceitos abstratos que se formaram ao redor de morte encefálica, morte “natural”, “curso natural”, eutanásia – e suas espécies –, distanásia, ortotanásia, suicídio assistido médico, a teoria do duplo efeito dos cuidados paliativos. Igualmente, é possível desnudar a subsunção postulada apenas formalmente pelas normas jurídicas e feitas materialmente de maneira incorreta.

Além disso, os tipos permitem a verificação de elementos comuns a tipos diversos. Nesse sentido, Larenz (1969, p. 553) propõe a “série de tipos”, que consiste na “sequência de tipos *semelhantes* entre si, que se distinguem e ao mesmo tempo se vinculam mutuamente pelo fato de determinados elementos que lhes são comuns aparecerem em cada um – unidos a outros elementos – com intensidade e cunho” que variam conforme o tipo.

Assim, é possível formular uma “série de tipos” relativos às condutas eutanásicas, ou seja, de atos, processos e condutas semelhantes entre si porque se voltam à compreensão da “boa morte”. A autonomia da pessoa lhe permite efetuar determinadas escolhas de fim de vida que tornam a morte digna. Ainda que o objetivo central tenha sido demonstrar como o pluralismo conceitual é insuficiente nas decisões de fim de vida, pode-se mostrar a possibilidade de ir além dos conceitos por meio dos tipos.

Vale dizer, o uso da conceituação mostra-se insuficiente porque a contradição e a sobreposição dos conceitos terminais ocasiona numerosos problemas. Algumas decisões terminais muito semelhantes são enquadradas em tipos penais diversos e outras são ora descriminalizadas, ora trazem punição elevada. Isso se explica, em parte, porque os conceitos são caracterizados essencialmente para fins penais, seja para apontar a ilicitude ou a ilicitude de determinadas condutas, segundo a lógica binária tradicional.<sup>113</sup>

Se as decisões terminais são vistas a partir da análise tipológica, pode-se formar uma “série de tipos” eutanásicos, que se assemelham e se desassemelham em alguns

---

<sup>113</sup> Frise-se, novamente, que os “tipos penais” não são tipos no sentido dado por Larenz. Ainda que tenham se construído a partir do pensamento tipológico, foram eles fechados pela exigência de segurança jurídica intensa existente no direito penal. Evita-se, com a exigência do princípio da legalidade, que a abertura do tipo penal sirva para propósitos punitivos que violem a liberdade dos cidadãos.

Quando se pretende amoldar uma conduta concreta ao tipo penal, é necessário que ela se encaixe perfeitamente na previsão genérica da norma penal, ou se considera a conduta atípica. Por isso, o tipo penal exige, para sua aplicação, o reconhecimento dos elementos normativos do tipo. Eles são elementos da antijuridicidade, integrando a tipicidade na medida em que constituem objeto do dolo. Os elementos normativos foram classicamente tidos como puros conceitos descritivos (como “homem” ou “coisa”), mas a literatura jurídica penal contemporânea prefere os ter como conceitos normativos, já que exigem valoração jurídica (SANTOS, 2006, p. 105).

Irrelevante a discussão sobre o conteúdo axiológico ou meramente descritivo dos elementos normativos do tipo porque, em ambos os casos, esses elementos continuam a ser vistos a partir da lógica conceitual; conceitos normativos, no primeiro caso, ou conceitos puramente descritivos, no segundo. Ou seja, os tipos penais intrinsecamente se orientam pela percepção dos conceitos subjacentes aos elementos normativos do tipo.

aspectos. Por exemplo, é possível intuir, a partir das discussões vistas ao longo do trabalho, que o ato final eutanásico não é um critério adequado à formação de uma série de tipos. A tradicional distinção dos conceitos de suicídio assistido médico e eutanásia parte dessa premissa equivocada.

É irrelevante se o médico prescreve uma dose de medicamentos e a pessoa os adquire junto ao farmacêutico e os toma, antecipando seu termo vital, ou se ele mesmo administra os medicamentos por via intravenosa. É mais relevante analisar se a conduta médica está ligada a um processo eutanásico ou não. Ou seja, pode-se aproximar a conduta da pessoa da eutanásia ou da assistência ao suicídio comum.

Se o ordenamento permite a eutanásia, mas proíbe a assistência ao suicídio, como a Bélgica, deve-se atentar para a existência do processo eutanásico ou não, para verificar se o ato está de acordo com a lei própria. Se o ordenamento permite a assistência ao suicídio, mas proíbe a eutanásia, como na Alemanha, é necessário verificar se o ato se insere num processo eutanásico ou não, de modo a afastar o homicídio. Se o ordenamento permite tanto a eutanásia quanto a assistência ao suicídio, como nos Países Baixos, o contexto eutanásico é relevante para verificar se se tratou de procedimento médico, que tem condicionantes, ou se é ato comum, que não os tem.

Esse exemplo serve para iluminar a utilização bastante simplificada da “série de tipos” quando as decisões de fim de vida são proscritas, como ocorre na Bélgica (em relação à penalização da assistência ao suicídio comum, especificamente) e na Alemanha (penalização da eutanásia). De outra banda, a utilização da “série de tipos” serve para compreender, de maneira adequada, o funcionamento das decisões de fim de vida, como na Bélgica (relativamente à Lei da Eutanásia em si) e nos Países Baixos.

A teoria do duplo efeito dos cuidados paliativos, que demonstra a contradição existente entre a permissão aos cuidados paliativos cujo efeito esperado é a morte e a eutanásia, se vista pela análise tipológica, permite uma compreensão mais adequada. Em geral, serão os cuidados paliativos vistos apartados das condutas eutanásicas e mesmo ortotanásicas. Porém, quando a administração de determinadas doses permite se observar a possível antecipação da morte, eles assumem caráter eutanásico.

Assim, os cuidados paliativos, *de per si*, não se enquadram no tipo de eutanásia, mas podem sê-lo quando as doses administradas são suficientes para se visualizar seu

efeito fatal. O “grau” dos cuidados paliativos é um critério para se enquadrá-los na eutanásia. Se os cuidados paliativos não chegam a aflorar o duplo efeito, eles têm caráter ortotanásico (“morte natural”); se têm duplo efeito, acelerando a morte, têm caráter eutanásico (“boa morte”, antecipada).

No caso de cuidados paliativos com efeito eutanásico, certas exigências poderiam passar a ser requisitadas. Por exemplo, a obrigatoriedade de o médico documentar esse procedimento no prontuário do paciente, esclarecer que o nível de dor dele é compatível com a administração de doses mais elevadas do medicamento, anexar termo de consentimento demonstrando o esclarecimento dele quanto ao duplo efeito previsto etc. No caso de cuidados paliativos com efeito ortotanásico, essas exigências seriam menos rígidas, já que a causa próxima da morte não decorreria dos medicamentos.

Atualmente, no caso de cuidados paliativos eutanásicos, não se exige nem mesmo que o médico informe ao paciente acerca da possibilidade do duplo efeito, desde que essa situação esteja descrita na e de acordo com a literatura médica. Trata-se de aplicação do paternalismo médico cujo resultado é exatamente a antecipação do termo vital da pessoa, sequer tendo ela conhecimento do procedimento adotado. Contraditoriamente, proscribe-se a eutanásia, que exigiria, como no procedimento belga, nível de transparência bem mais elevado.

A negativa ou a retirada de tratamentos, no mesmo sentido, podem se aproximar da eutanásia na medida em que se sabe que, probabilisticamente, ocorrerá o decesso da pessoa em virtude do ato. A retirada de suporte artificial de respiração, então, tem muito mais similitudes com a eutanásia ativa, no seu conceito tradicional, do que com a ortotanásia, também na sua conceituação clássica. Não obstante, é evidente que a retirada do suporte vital é tipologicamente mais próxima da eutanásia.

O mito da “diferença moral” de que deixar morrer é diferente de matar permite que, com base na autonomia, a pessoa negue o início da respiração artificial, mas não se lhe permite, com base na mesma autonomia, que solicite a administração de um medicamento letal. Isso porque a eutanásia, prosrita, não permite a segunda conduta, mas a vedação a tratamento negado pela pessoa permite a primeira. Em termos

tipológicos, a negativa a suporte artificial de respiração tem nítido caráter eutanásico, assemelhando-se muito mais à clássica eutanásia do que à tradicional ortotanásia.

O grau de sobrevida, portanto, é elemento tipológico para aproximar ou afastar as condutas terminais relativamente à “série de tipos” eutanásicos (no sentido de “boa morte”). Decisões de fim de vida cujo resultado de curto prazo seja a morte se aproximam mais do tipo de eutanásia, ao passo que decisões cujo resultado de curto prazo não implique antecipação do termo vital se aproximam mais do tipo de ortotanásia.

Os tipos eutanásicos poderiam exigir que a intensidade da dor e/ou a gravidade da doença seja mais grave, ao passo que os tipos ortotanásicos seriam menos exigentes a respeito. Assim, doenças degenerativas em estágio inicial e sem dores mais fortes impediriam o acesso a tipos eutanásicos, mas não a tipos ortotanásicos. Assim, cuidados paliativos comuns poderiam ser administrados e a suspensão de tratamentos médicos mais invasivos poderia ser solicitada; não se permitiria acesso a cuidados paliativos com duplo efeito nem administração de fármacos eutanásicos, como barbitúricos.

Ao contrário, doenças degenerativas em estágio mais avançado ou com dores mais agudas permitiriam que cuidados paliativos de duplo efeito fossem administrados. Mesmo que em estágios não terminais, doenças degenerativas, cuja resposta a tratamentos de controle de dor se mostrassem ineficazes e sem perspectiva de melhora efetiva, permitiriam que condutas eutanásicas mais diretas fossem tomadas, como a prescrição de medicamentos letais.

Um exemplo de aplicação já existente da perspectiva tipológica pode ser encontrado na Lei da Eutanásia belga. Conforme o Sétimo Relatório sobre a eutanásia (CFCEE, 2016, p. 43-44), “determinar se o paciente vai morrer no curto prazo ou não nem sempre é fácil. A questão da avaliação da morte breve também tem sido objeto de mais desenvolvimento na brochura destinada aos médicos”. Por isso, a determinação do curto prazo da morte, ou não, obedece a um critério tipológico, baseado em dois extremos antagônicos:

Há exemplos óbvios. Assim, um paciente com câncer metastático já muito magro e acamado será automaticamente considerado como a morrer em breve. Em contraste, um paciente psiquiátrico que não se queixa de sofrimento somático será considerado a morrer não brevemente. Entre esses dois extremos, existem muitos pacientes que não se pode determinar com certeza o termo da morte. Por

isso, é o médico que deve avaliar o estado clínico do paciente e determinar se a morte do paciente é previsível num futuro próximo ou não.

A lei belga utiliza a análise tipológica para se classificar se a morte é breve ou não. Isso é importante para que o médico responsável pela possível eutanásia tenha, ou não, que observar critérios mais rígidos. Se não se vislumbra a morte breve do paciente que solicita a eutanásia, mais consultas devem ser feitas e deve haver um prazo específico – e maior – entre o pedido eutanásico e a execução dele. Contrariamente, se a morte ocorrerá, em termos probabilísticos, brevemente, esse “prazo de reflexão” extra não precisa ocorrer.

A legislação estabelece apenas um prazo de referência, mas não critérios de verificação. Quem o faz é o médico responsável, que se vale de uma análise tipológica, como se viu acima. Se a condição concreta da pessoa apresenta determinadas características (correlação entre as diferentes notas presentes), aproxima-se o caso de morte breve; se não apresenta essas características, visualiza-se que a morte não ocorrerá brevemente.

A própria concepção de morte encefálica encerra acaloradas discussões porque sabidamente não corresponde à “realidade da morte”. A criação desse conceito serviu apenas para se evitar constrangimentos na defesa do desligamento de aparelhos de suporte vital de pessoas “sem perspectiva de melhora” e da retirada de órgãos delas para doação. Não obstante, não foi capaz de afastar a evidência de que o conceito de morte encefálica se distancia de tal forma da concretude da morte que ele é meramente convencional.

O Ministro Celso de Mello, na ADI 3.510/DF, reconheceu que “a vida e a morte, na realidade, qualificam-se como conceitos indeterminados. Daí porque a legislação ordinária brasileira, já em 1997, definiu o conceito de morte, afastando-se da antiga noção segundo a qual *vita in motu est!*” (STF, 2008, p. 447). Essa indeterminação existe precisamente porque o conceito em questão se mostra limitado, pelo que o pensamento tipológico poderia reconduzir esses conceitos a tipos que lhes correspondem de maneira mais adequada na realidade concreta.

Se a pessoa é ligada a suporte vital artificial de respiração, hidratação e nutrição, o conceito de morte encefálica oriundo do Comitê de Harvard permite dizer que ela está

morta, sem estar. Essa contradição, nesse caso em específico, pode ser facilmente contornada com a aplicação do pensamento tipológico quanto às decisões de fim de vida. Como se reconhece a possibilidade de condutas eutanásicas, o desligamento dos aparelhos significa eutanásia (“boa morte”), já que a continuidade do tratamento implicará manutenção extraordinária de uma vida indigna (mistanásia, nesse sentido).

Porém, como a morte é ainda conceitual, é necessário justificar que o desligamento dos aparelhos não importa em eutanásia ou mesmo em homicídio, já que ambas as condutas são proscritas pelo ordenamento. Por isso, altera-se o conceito de morte, de modo a se afastar a eutanásia e, ao mesmo tempo, permitir a cessação do suporte vital. Curiosamente, mesmo nos países nos quais a eutanásia passou a ser permitida, o conceito de morte encefálica se manteve intacto, dada a tendência que os conceitos têm de se arraigar no direito.<sup>114</sup>

Ainda que não se aplique a análise tipológica de maneira exaustiva,<sup>115</sup> é possível visualizar como é concebível tratar das decisões de fim de vida de maneira mais adequada quando a análise conceitual não é tratada como a única análise possível. Não que os conceitos devam ser abandonados ou completamente substituídos, mas devem funcionar como orientação e abordagem inicial da realidade concreta, cuja análise pode ser complementada por outros métodos que não a abstração, como a tipologia.

---

<sup>114</sup> Obviamente que o conceito de morte encefálica não tem aplicação ou relevância apenas em relação à eutanásia, daí ter ele sobrevivido mesmo com a aprovação da eutanásia. Porém, por exemplo, mesmo na Bélgica não se menciona que o desligamento de aparelhos de alguém tido com morte encefálica configure eutanásia, já que, evidentemente, a pessoa é considerada morta e a eutanásia só tem aplicação a uma pessoa viva. Se fosse afastado o conceito de morte encefálica, compreendendo-se a morte como cardiorrespiratória, o desligamento dos aparelhos teria de ser enquadrado ou na lei da eutanásia ou no tipo de homicídio. De maneira lógica, muito provavelmente se consideraria a retirada do suporte vital como eutanásia, já que a conduta se amolda mais ao “tipo” da eutanásia do que ao “tipo” do homicídio.

<sup>115</sup> E o objetivo aqui não é exatamente delinear completa e exaustivamente a aplicação da análise tipológica nas decisões de fim de vida, trabalho esse que exigiria tese própria a respeito. O objetivo central é a demonstração da insuficiência do pluralismo conceitual. O levantamento da aplicação da metodologia tipológica serve apenas para demonstrar que a possibilidade de superação do problema apresentado pelo pluralismo conceitual existe, pode e deve ser feita. O rigor do trabalho científico, porém, exige que seja feita delimitação adequada do problema a ser tratado ao longo do texto.

De outra banda, a demonstração da insuficiência do pluralismo, sem que se traga, ao menos indiciariamente, as possibilidades de sua superação, parece excessivamente lacunosa. Por isso se optou, deliberadamente, por traçar algumas possibilidades de aplicação da análise tipológica nas decisões de fim de vida, sem as exaurir. De qualquer forma, as situações elencadas permitem demonstrar que os “tipos” se apresentam como método apropriado para a análise das condutas terminais e que essa análise, se feita adequadamente, permite que as decisões de fim de vida sejam percebidas sem as contradições e sobreposições inerentes ao pluralismo conceitual hodierno.



O pensamento tipológico, assim, relativiza as antíteses do pensamento abstrator, tornando inteligíveis as transições e os graus intermediários existentes entre os diversos tipos e fazendo com que as contradições vistas anteriormente se mostrem mais como superficiais do que efetivas (LARENZ, 1969, p. 555). Se os conceitos fossem reconduzidos aos tipos correspondentes à realidade, o direito teria melhores condições de responder às difíceis questões concretas que lhe são dirigidas quando as decisões de fim de vida são postas à prova.

A “inventividade lexical” dos conceitos pretende fornecer categorias não apenas para se pensar as situações novas, mas para as apreender em termos de normatividade *a priori*. Não é de se surpreender que a normalização se exerce frequentemente pela desqualificação discursiva de certas práticas, metidas à margem de um modelo mais ou menos explícito. A depreciação se faz por exclusão discursiva e taxonômica (MEMMI, 2003, p. 47).

O atual estado da arte das situações terminais é frequentemente tomado pelo pluralismo conceitual de maneira depreciativa, a partir do discurso excludente. Isso fica claro pela tentativa de se compreender condutas que correspondem a tipos eutanásicos, reconduzindo-as à ortotanásia, por exemplo, de modo a, discursivamente, excluir a carga negativa geralmente carregada pela eutanásia.

Reconhecer, por aplicação do pensamento tipológico, que as condutas eutanásicas (“boa morte”) já são admitidas pelo ordenamento jurídico (como nos casos da Resolução nº 1.805/2006 e da Resolução nº 1.995/2012, ambas do CFM) e já são realidade prática (como no desligamento de aparelhos de pessoas consideradas mortas encefalicamente) permite a melhor compreensão dos fenômenos terminais. <sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> Não só. Diversas pesquisas indicam que os médicos e enfermeiros em muitos países nos quais a eutanásia é proibida podem já estar envolvidos na prática da eutanásia ativa voluntária e na assistência médica ao suicídio. Isso ocorre em resposta tanto a pedidos explícitos dos pacientes para morrer quanto a ausência de pedidos prévios e explicitados pela pessoa (KERRIDGE; LOWE; MCPHEE, 2005, p. 374). Pesquisa conduzida no Instituto Mario Negri, em Milão, com 320 casos de reanimação ocorridos no hospital, revelou dados relevantes. Em 62% dos casos terminais, nas últimas 72 horas de vida do paciente, o médico pratica a “desistência terapêutica”, ou seja, suspende-se automaticamente as terapias da pessoa, antevendo o fim (MARINO, 2010, p. 176). Ou seja, não há consulta ao próprio paciente (se possível) ou à família; simplesmente se desiste do tratamento.

A questionável conduta evidencia a dificuldade em se tratar das questões de terminalidade em ordenamentos que ou as deixam numa zona cinzenta ou as banem por imposição penal. A maioria desses casos apenas escancara um rechaço da própria classe médica à obstinação terapêutica; revelam, também, que algumas pessoas são deixadas estertorando, para se evitar que fiquem conectadas a suporte vital.

Reconhecer as similitudes existentes entre as condutas eutanásicas e ortotanásicas torna menos difícil e contraditória a apreensão da realidade concreta.

Permite, igualmente, repensar escolhas, decisões e práticas. Permite questionar porque se admite que alguém recuse nutrição e hidratação artificiais, e morra lenta e dolorosamente, mas não se tolera que essa mesma pessoa solicite que um medicamento letal lhe seja administrado, para que tenha uma morte rápida e indolor. Permite repensar as falhas, as contradições e as sobreposições dos plurais conceitos terminais dentro do sistema jurídico <sup>117</sup> e como eles resistem diante da realidade concreta.

---

Já pesquisa realizada em 1998, na Bélgica – ou seja, ainda antes da Lei da Eutanásia – demonstrou que das 56.354 mortes registradas em Flandres, 40% ou 22.135 dos casos, foi precedida de alguma decisão sobre fim de vida. Destes, 1,1% ou 640 pessoas decidiram pela eutanásia; em 0,1%, ou 65 casos, optou-se pelo suicídio assistido; em 3,2%, ou 1.796 pessoas, houve termo à vida sem pedido explícito do paciente; 18,5% ou 10.146 pessoas aceitaram cuidados paliativos com potencial redução do tempo de vida como efeito colateral; e 16,4% ou 9.218 pessoas quiseram que se terminasse ou que não se iniciasse algum tratamento médico (BONDT; VANSWEEVELT, 2006, p. 789).

Na Austrália, um estudo apontou que, das mortes que envolviam decisões de fim de vida, 28,6% delas envolviam a recusa ou a retirada de tratamento, 30,9% ocorreram pela utilização de medicamentos de duplo efeito, 1,7% foram causados por um procedimento eutanásico e 0,1% por suicídio assistido médico. O que chama a atenção é que a eutanásia e o suicídio assistido são proibidos no país. Mais surpreendente é que, em 3,5% dos casos, o término antecipado da vida ocorreu sem requisição explícita do paciente (BATTIN, 2009, p. 282).

Ainda que sem conexão intrínseca com o trabalho, o “Caso do Evangélico” mostra, na realidade brasileira, que há a percepção de que práticas de antecipação do termo vital ocorrem cotidianamente nos hospitais, igualmente, como em tantos outros países nos quais as práticas são proscritas. As decisões de fim de vida são feitas, independentemente de quem as tome.

<sup>117</sup> Não se olvida que a noção de sistema é bem mais ampla e passa, fundamentalmente, pelas discussões da biologia, como fazem Maturana e Varela (2001) ou mesmo pelas discussões das ciências sociais, como o faz Luhmann (2010), por todos, a partir dos conceitos dos dois autores anteriores. Há de se analisar a noção jurídica, cujas características básicas são a ordem e a unidade internas, ainda que o sistema seja aberto e móvel (CANARIS, 2012, p. 279-282).

Por outro lado, igualmente, não é de se olvidar a discussão acerca da maior adequação do método tipológico ao pensamento sistemático ou ao pensamento tópico. Primeiro, porque o próprio Viehweg rechaçou a interpretação de que a Tópica fosse de encontro ao pensamento sistemático, afirmando a existência de um “sistema tópico”. Com isso, se tomado o raciocínio de Viehweg, o método tipológico não contrariaria o pensamento sistemático porque nem mesmo a Tópica o faria – ainda que a noção de “sistema tópico” tenha sido alvo de intensa crítica (CANARIS, 2012, p. 243-245).

Segundo, porque mesmo Larenz concorda com alguns elementos da Tópica de Viehweg, como a afirmação de que o sistema lógico-dedutivo não satisfaz o escopo central do direito e a afirmação de que a questão perpétua do direito seja “o que é, em cada caso, justo?”. No entanto, critica a Tópica porque, segundo ele, nem mesmo Viehweg conseguiu explicar adequadamente o que significam os “tópicos jurídicos”, o que cria perigosa simplificação da perspectiva metodológica a adotar (LARENZ, 1969, p. 182-184).

Ou seja, apesar de não crer adequado o pensamento tópico, Larenz não o rechaça de plano. Crê aproveitável a noção de “argumento comum” caracterizador dos “tópicos” de Viehweg (LARENZ, 1969, p. 575), bem como a centralidade do “problema” para o sistema jurídico, para situar o método tipológico entre o pensamento tópico e o pensamento lógico-dedutivo. Vale dizer, os “tipos” não seriam tão arbitrários quanto os “tópicos” nem tão rígidos quanto os conceitos.

Por isso, parece possível pensar na aplicação do método tipológico a partir da premissa “tópica” do pensamento problemático, para, a partir do “problema”, criar “tópicos jurídicos” desde “argumentos

Permite questionar-se quem deveria tomar tal decisão e qual é a decisão certa (DWORKIN, 2009, p. 254) dentre as várias opções que se descortinam continuamente. Permite discutir as decisões de fim de vida, de modo a se repensar sobre o que significa uma vida digna e uma morte digna, de modo que a autonomia da pessoa não lhe seja negada num momento tão crucial, afastando-se a integridade de sua vontade em detrimento de uma pretensa “escolha certa”, moralmente superior, feita pela comunidade.

O direito, ao revalorizar o sujeito concreto criativo que sofre e, por seu sofrimento, é capaz de modificar a realidade, como assinala Pietro Barcelona, abre uma brecha para uma racionalidade que respeita os direitos fundamentais e passa a negar a “negatividade das vítimas” ignoradas, como denominado por Dussel. Essa realidade supostamente caótica é que permite a modificação da racionalidade excludente e possibilita a efetivação dos direitos fundamentais (FACHIN, [s.d.]).

---

comuns”. Com os “tópicos” em mente, é possível sistematizá-los, não com fundamento em conceitos lógico-dedutivos cuja resolução dos “problemas” se dá pela mera subsunção dos “problemas” aos conceitos. Ao contrário, pode-se sistematizar os “tópicos” a partir dos “tipos”, cujo ponto de partida são conceitos que não esgotam a resolução dos “problemas”, antes permitem buscar “o que é, em cada caso, justo?”. Afasta-se, ao mesmo tempo, da casuística puramente discricionária do “argumento comum”, lógica tópica e da subsunção pura e simples da lógica dedutiva. O método tipológico se sustenta num pensamento problemático (orientação pelo problema) e mira o pensamento sistemático (orientação pelo sistema). Ressalte-se, por fim, que Canaris (2012, p. 273) não vê nesse raciocínio elementar da Tópica qualquer diferença com a lógica sistemática, antes uma interpenetração entre ambas. Para além disso, crê absolutamente insuficiente e impraticável a Tópica na ciência jurídica, dado o necessário recurso dos juristas ao direito objetivo, que escapa ao puro apelo aos “diversos pontos de vista”. O tópico seria apenas uma “proposta de decisão”, que precisa, necessariamente, de um critério complementar que permita tal escolha (2012, p. 250-269).

## CONCLUSÃO

Iniciou-se o trabalho com a provocação acerca da “resposta” às questões que circundam as decisões de fim de vida, sempre tidas como difíceis em termos filosófico-existenciais, mas, ao mesmo tempo, simples, em termos dogmático-jurídicos. Ainda que diverjam sobre qual seja a mais adequada, legislação, doutrina e jurisprudência apontam sempre para o pluralismo conceitual na obtenção dessa resposta.

“Quarenta e dois”, disse o Pensador Profundo de Adams (2004, p. 175), “com uma majestade e uma tranquilidade infinitas”. Foram essas majestade e tranquilidade infinitas trazidas pelos diversos pensadores que tratam das decisões de fim de vida no direito que se tornaram o móbil desta pesquisa. Após alguma reflexão, notou-se profunda incongruência no tratamento dos temas que orbitam no entorno da terminalidade da vida.

A inquietação aumentou com os exemplos da “sétima arte”. Da literatura. Da música. Do desenho animado, até. Das artes, em geral. Profusas obras enfrentam lateral ou centralmente o tema, sob diferentes perspectivas. Ao contrário, o silêncio impera na realidade concreta, porque a morte fora expulsa da sociedade, sobretudo após o recrudescimento de medicalização na segunda metade do séc. XX. “Expulsa da sociedade, a morte volta pela janela; volta tão depressa como desaparecera” (ARIÈS, 2014, p. 757).

Complexa em si mesma, a morte se complexifica ainda mais quando a vida é prolongada e ela adiada. Essa complexidade foi comprimida pelo direito, que extraiu dessa compressão os conceitos jurídicos que pretendem prover segurança jurídica a vidas cada vez menos seguras. A inquietante resposta que a legislação, a jurisprudência e a literatura providenciaram rapidamente é sempre a mesma: “quarenta e dois”.

Esses conceitos, aparentemente seguros, não obstante, apenas jogaram uma cortina de fumaça sobre os problemas e esmaeceram os contornos da realidade. Os problemas que os conceitos criaram geraram a percepção de que eles eram insuficientes. “Quarenta e dois” continuou sendo a resposta; mais conceitos, mais novos, mais específicos, mais técnicos poderiam solucionar os desassossegos da morte que continua a ser negada.

A recusa hedonista da morte, que se inicia na última quadra do séc. XX, é fruto do positivismo científico. O positivismo pressentia que o progresso das ciências e da felicidade eliminariam ao máximo a morte da vida cotidiana. Essa correlação era meramente teórica, mas ganhou tons de realismo quando, a partir do primeiro terço do séc. XX, surge a ideia de que o poder da técnica não poderia ser limitado nem pelo homem nem pela natureza. “A técnica corrói o domínio da morte até à ilusão de suprimi-la” (ARIÈS, 2014, p. 803).

Nasce, assim, a crença de que a morte pode ser vencida pelo poder da técnica de transformar o homem, a natureza, a vida e a morte. O modelo contemporâneo de morte surge e se desenvolve a partir da crença na tecnociência; a crença de que a medicina seria capaz de devastar os domínios da natureza mortal da humanidade e aniquilar a própria morte. A profusão de tratamentos médicos surgidos no pós-guerra tornou essa ilusão crível.

A negação da morte corresponde não apenas a uma consequência dessa crença, mas numa necessidade. É necessário crer que a ciência pode, de fato, extinguir a morte.

<sup>118</sup> Compreende-se a razão pela qual os médicos se tornam os novos padres, os consultórios, os novos confessionários, os hospitais, os novos templos.

Talqualmente os “homens da fé” prometiam a “vida eterna”, os “homens da ciência” também o fazem; antes se devia confessar as indecências da alma, agora se confessa as do corpo; antes era preciso ir ao templo para se alcançar as graças da vida eterna extramundana, agora é preciso ir ao hospital para se alcançar as graças da vida munda. Mas é necessário crer para que isso seja possível. Crer no poder da medicina, que tem os instrumentos para prostrar a morte.

O modelo contemporâneo de morte torna necessário que o direito proteja as pessoas de sua própria descrença; que sua vontade não se sobreponha ao profissional que exerce o sacerdócio da proteção da vida em nome dos interesses superiores da

---

<sup>118</sup> Ariès (2014, p. 809) afiança a tragicômica “moda” de maquiar os mortos durante o funeral em caixão aberto de modo que o morto pareça mais vivo do que nunca, criando-se nova ilusão de vida. É mais um indício dessa tentativa de desviar a atenção da morte propriamente dita, enganando-se as pessoas ao redor do falecido. Junto com caixões cada vez mais ornamentados, semelhantes a obras de arte, a morte se torna cada vez mais irreal. Assim, “permite-se ao visitante vencer sua intolerância, comportar-se em relação a si mesmo e à sua consciência profunda, como se o morto não estivesse morto e não houvesse qualquer razão para não se aproximar dele”.

sociedade. A negação da própria vida precisa encontrar mecanismos sancionatórios, no direito – especialmente penal –, que desestimulem quem antecipe o decesso do próximo, ainda que esse lhe seja o desejo.

O direito, dando vazão a esses anseios, responde do modo como habitualmente o faz: criando conceitos a fornecer respostas seguras – e é essa a expectativa, segurança jurídica. A inquietação continuou porque, “com uma majestade e uma tranquilidade infinitas”, o direito continuou a apostar em conceitos superfluidos, mantenedores de contradições e superposições. Conceitos tecnicamente poderosos, mas concretamente vazios, originaram o problema da tese: “É suficiente tratar das questões circundantes às decisões de fim de vida a partir dos conceitos tradicionalmente aplicados pela legislação, jurisprudência e literatura jurídicas”?

A hipótese formulada, então, foi a seguinte: “Apesar de o pluralismo conceitual que rege as decisões de fim de vida ser compatível com uma pretensa segurança jurídica e ser compatível com a própria noção tradicional do sistema jurídico, ele se mostra insuficiente para tratar de maneira adequada as questões terminais”. Ou seja, em que pese os conceitos não poderem ser simplesmente excluídos, eles não se mostravam compatíveis com a concretude da realidade. Para verificar essa hipótese foi necessário cumprir três objetivos, que se desdobraram em três capítulos:

(i) Necessário compreender o pluralismo conceitual para verticalizar a inquietação; chafurdar nesse pluralismo que se torna cada vez mais tautológico. Escancarar a questão que surge apenas no final, mas que é a primeira: o próprio conceito de morte, hodiernamente prescrito pela medicina e apropriado pelo direito, é altamente complexo. A medicalização da morte recriou na contemporaneidade os “mortos-vivos” de maneira dúplice: considera mortas pessoas biologicamente vivas e considera vivas pessoas que se creem mortas.

Essa recriação com que o medo macabro dos “mortos-vivos” surgisse novamente, transformados eles nos pacientes eriçados de tubos no hospital. A agonia dos moribundos hospitalizados, reificados pela obstinação terapêutica fruto de uma forma muito moderna de enxergar o papel dos médicos e da medicina, começou a romper os diques construídos em torno das questões terminais. A reação do direito foi delegar a

morte à medicina e, a partir de sua noção meramente convencional, criar limites e possibilidades às decisões de fim de vida.

Imantado pelo princípio da sacralidade da vida e da indisponibilidade dos direitos fundamentais, foi preciso abrir comportas para deixar fluir parte dessas pressões. Para isso, a técnica jurídica se valeu da minudenciação linguística: eutanásia, ortotanásia, distanásia, duplo efeito dos cuidados paliativos. Desdobram-se esses conceitos, mas as contradições internas e a superposição em sua aplicação mantiveram-se.

A teoria do duplo efeito dos cuidados paliativos arrasa uma posição capital às decisões de fim de vida: matar é diferente de deixar morrer. O fluxo permitido se limita a essa cisão: o estado da arte médico-jurídica é permissivo quanto ao deixar morrer – supostamente “natural”, conforme o “fluxo da vida” –, mas é peremptoriamente proibitivo quanto ao matar – também supostamente violador dessa “ordem natural das coisas”.

Quando a teoria do duplo efeito dos cuidados paliativos é adequadamente vista, põe em cheque todos os conceitos essenciais ao construto jurídico. E o resultado é a implosão dessa barragem construída ao redor dos conceitos abstratos, esvaziados pela realidade plural. O pluralismo conceitual duplo – plural ante a multiplicidade de conceitos a se aplicar a uma mesma situação fática e plural pela ausência de consenso mínimo na legislação, na jurisprudência e na literatura a respeito de quais são as distinções e os limites – esboroa.

Como a legislação e a jurisprudência brasileiras não tratam especificamente do tema, necessário também utilizar, exemplificativamente, a normatividade estrangeira, sem que se fizesse direito comparado. O uso do direito nacional restringe-se à literatura, ainda que se possa ter alguma base a partir das decisões judiciais a respeito das Resoluções do CFM e, na seara legislada, desde o direito penal nacional.

O pluralismo conceitual, assim, passou a se sustentar no frágil equilíbrio retórico, pretensamente dando assento à vontade da pessoa quando das situações terminais. Faz-se ode aos termos de consentimento livre e esclarecido, mas servem eles, em geral, à concordância; o dissenso da pessoa quanto ao que prescreve o médico ou pretende a família é fatalmente sobrepujado por argumentos que partem do paternalismo médico e terminam na proscrição ético-penal.



(ii) O segundo objetivo decorre do primeiro. Se o pluralismo conceitual se mostrou inadequado, ensimesmado, necessário compreender como o ordenamento jurídico permite fundamentar as decisões de fim de vida de maneira adequada. Para isso, se percorreu temas clássicos do direito, mas não de maneira genérica, antes direcionada às situações terminais.

Em que pese ter deixado de ser corrente a compreensão de que o direito à vida seja absoluto, é recorrente tomá-lo como limite às decisões de fim de vida. A partir da laicização da sacralidade da vida, torna-se ela limite à intervenção ativa e passiva nas situações terminais; vale dizer, a autonomia é respeitada desde que a vida seja mantida, independentemente das consequências desse choque.

Ainda que a compreensão de que a vida seja espécie de “receptáculo dos demais direitos” seja raramente defendida, não raro esse argumento é sub-repticiamente fundação argumentativa. A autonomia, posta no pedestal do liberalismo quanto às questões patrimoniais, jamais gozou de tamanho prestígio quanto às questões existenciais. As disposições legais a respeito da disposição sobre o corpo – sequer se mencionando a vida, de maneira sintomática – falam por si.

O consentimento é certo “toque de Midas” na literatura médico-jurídica contemporânea. A profusão de discussões sobre os termos de consentimento livre e esclarecido são contraprova desse movimento. Contraditoriamente, o consentimento é ignorado, ou ao menos considerado com ressalvas bastante severas, quando das decisões de fim de vida; ele é amordaçado pelo paternalismo médico e pela percepção jurídica de que ele não alcança as questões existenciais nessa profundidade.

Clama-se pela consideração efetiva da autonomia e pela compreensão de que “consentimento livre e esclarecido” significa não apenas concordância, mas também discordância. A pessoa que discorda deve ser igualmente respeitada tanto quanto a pessoa que concorda, ou o consentimento se torna mero instrumento de um “neopaternalismo” médico, agora juridicizado. Esse clamor vem a reboque da crescente percepção de que a vida digna traz consigo igualmente a morte digna.

Se “*vivir bien exige morir bien*”, como diz Octavio Paz, a dignidade da pessoa humana torna-se farol a iluminar não apenas a vida, mas de igual modo a morte. A dignidade da pessoa humana exige esforço hermenêutico intenso, de modo a não se

tornar argumento bivalente, cujo núcleo discursivo possa ser utilizado a defender quaisquer das posições tomadas relativamente à permissão ou proscrição das decisões de fim de vida.

Por isso, não se trata de questionar quais vidas são dignas de serem vividas. Essa pergunta perigosamente desliza em direção ao “efeito dominó” porque permite classificar a vida humana de maneira objetiva e externa. Não obstante, essa perspectiva foi veementemente negada, negando-se também a possibilidade – real ou apenas argumentativa – de utilização eugênica.<sup>119</sup>

Quando se nega a dignidade a alguém, essa pessoa pode perder seu amor-próprio e mergulhar numa forma mais terrível de sofrimento, que é o desprezo e a aversão que sente de si própria (DWORKIN, 2009, p. 334). Negar à pessoa uma morte digna é obrigá-la a aceitar convicção sobre a “boa morte” que lhe é estranha. “Do ponto de vista jurídico, diferença não há entre morrer de um jeito ou de outro se a morte for um direito das pessoas, desde que interpretada coerentemente com o resguardo da autonomia privada” (SÁ, M.; MOUREIRA, 2010, p. 368).

“É inadmissível que o direito à vida, constitucionalmente garantido, se transforme em dever de sofrimento e, por isso, dever de viver” (SÁ, M., 2001, p. 95). A negação dessa negatividade, de modo a repersonalizar também o direito à vida, passa pela aceitação de que para se “viver bem exige-se morrer bem”. A “boa morte” faz parte das decisões a serem tomadas quando o ocaso da vida se aproxima, de acordo com a percepção que a própria pessoa tem sobre o fim de sua autobiografia.

(iii) O terceiro objetivo é mais comedido. Trata-se de mirar além, traçando-se caminhos para novas possibilidades quanto às decisões de fim de vida. Qualquer Constituição – e qualquer ordenamento jurídico dela decorrente – verdadeiramente centrada em princípios deve garantir esse direito de escolha a todos. A liberdade pressupõe responsabilidade pessoal de reflexão que perde significado quando essa responsabilidade é solenemente ignorada (DWORKIN, 2009, p. 342).

---

<sup>119</sup> Não é demais afirmar, ainda mais uma vez, que dentro do pluralismo conceitual corrente, há quem classifique a eutanásia em eutanásia eugênica, econômica, social etc., consoante objetivos outros a ela imputados. Impossível aplicar as noções relativas às ações eutanásicas a essas situações, que desbordam da perspectiva adequada de eutanásia como “boa morte”. Essas classificações partem de premissas equivocadas, que devem ser, de plano, afastadas, novamente.

O exemplo do ordenamento jurídico belga aclara essa percepção, delineando alguns limites e possibilidades para se revisitar a autonomia, a vida, a morte e a dignidade, juntamente com a assunção de pensamento tipológico que permita apenas partir de conceitos, e não neles terminar. Perceber a morte como morte-processo, não como morte-ato, como passaram a defender os médicos a partir do séc. XIX, antes de qualquer possibilidade de reanimação ou de suporte artificial de manutenção, é vital.

A metodologia tipológica, sem abandonar a abstração conceitual, permite afastar as contradições e as sobreposições características do pluralismo conceitual, rearranjando os fenômenos terminais mais adequadamente. O nível de disponibilidade da vida varia de acordo com a intervenção pretendida, sendo ela mais disponível na medida em que a intervenção alheia seja menos premente.

Cumpridos os três objetivos traçados no início do trabalho, o problema da tese se reapresenta: “É suficiente tratar das questões circundantes às decisões de fim de vida a partir dos conceitos tradicionalmente aplicados pela legislação, jurisprudência e literatura jurídicas”? A hipótese formulada ao longo dela demonstra que responder positivamente significa falsear a realidade concreta, mantendo-se as contradições e as sobreposições que impedem tratar adequadamente das decisões de fim de vida. Por isso, a negação do *status quo* permite traçar novas possibilidades e exigir novos limites, cuja reflexão aqui apenas se inicia.

O ordenamento jurídico brasileiro não pune o suicídio, ainda que a punição eclesiástica (extrajurídica) ainda persista. A disponibilidade, nesse caso, é total.<sup>120</sup> Na outra ponta, o homicídio a pedido, por motivo piedoso, é atualmente proscrito. A disponibilidade, nesse caso, inexistente. A partir da assunção de que a autonomia privada exige, para dignificar o processo de morte, também autonomia quando da antecipação do termo à vida, é necessário haver disponibilidade quanto às decisões de fim de vida.

Partindo-se do pensamento tipológico, da admissão de graus de disponibilidade da vida e da exigência de efetivação da dignidade da pessoa humana também na morte, é possível traçar algumas possibilidades à “morte digna”. Tipos terminais cuja intervenção médica é maior, cujo efeito da intervenção seja necessário e cuja solicitação se volte a

---

<sup>120</sup> O suicídio comum transborda das discussões levadas a cabo neste trabalho, mas mostra, na superfície, como o ordenamento jurídico nacional permite a disponibilidade da vida, não havendo punição alguma àquele que dela dispõe, autonomamente – e nem haveria razão para haver, *ictu oculi*.

consequências experimentadas não brevemente significarão menor disponibilidade da vida, exigindo-se maior regulamentação; ao contrário, tipos terminais cuja intervenção médica é menor, cujo efeito da intervenção seja coadjuvante e cuja solicitação se volte a consequências experimentadas brevemente significarão maior disponibilidade da vida, exigindo-se menor regulamentação.

Dessa forma, a administração de cuidados paliativos cujo efeito previsível é a morte (teoria do duplo efeito) trata de intervenção médica menor, cujo efeito é coadjuvante e cuja solicitação tem consequências que não se experimentarão brevemente. Por isso, essa conduta significa, sob a análise tipológica, ato eutanásico que exige menor regulamentação, dada a disponibilização da vida em grau baixo. A Resolução nº 1.805/2006 (CFM, 2006), ao versar sobre a ortotanásia, e a Resolução nº 2.156/2016 (CFM, 2016), ao tratar das unidades de terapia intensiva, não regulamentam especificamente nada acerca do assunto.

De outra banda, a prescrição de medicamento letal a paciente com câncer metastático e dor extrema, seja ele administrado pelo médico por via intravenosa, seja ingerido por via oral pelo próprio paciente, é intervenção médica maior, cujo efeito é necessário e cuja solicitação tem consequências que se experimentarão em breve. Pela análise tipológica, essa conduta constitui ato que exige maior regulamentação, dada a disponibilização da vida em grau alto. Atualmente, esse ato é tido por tipificado pela legislação penal e proscrito pelo Código de Ética Médica em seu art. 41: “Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal” (CFM, 2009).

A partir do pensamento tipológico, o duplo efeito dos cuidados paliativos se enquadra nas condutas eutanásicas, exigindo nível de regulamentação – baixo, é certo –, inexistente hodiernamente, porque a disponibilização da vida, nesse caso, é baixa, apenas indireta (o objetivo principal dos cuidados é o alívio da dor). Inversamente, a administração de medicamento letal também se enquadra nas condutas eutanásicas, obviamente, exigindo nível de regulamentação alto, pois a disponibilização da vida, nesse caso, é a mais alta na escala (não há outro objetivo ou efeito que não a abreviação da vida).

A administração de medicamento letal a paciente com doença degenerativa progressiva ainda em estágio inicial e com dor moderada, controlável com analgesia

mediana, é intervenção médica elevada, com ação cujo efeito é necessário e com solicitação cujas consequências se experimentarão não brevemente, pelo que, pela análise tipológica, constitui ato que exige regulamentação bastante alta, dada a disponibilização da vida em grau ainda mais alto. Essa situação, apesar de prosrita, permite o afastamento da vedação se a prática for interpretada sob o pálio da teoria do duplo efeito.

Ou seja, a despeito de se situar num grau dos mais elevados (menos apenas que a última situação a ser mencionada adiante), e da proscrição ético-jurídica, pode ocorrer, concretamente, sem qualquer tipo de controle. O mero assento no prontuário do paciente do aumento das doses do medicamento antálgico, em intervalos regulares e suficientes, pode significar, a partir da interpretação da literatura médica, a ausência de punição do médico responsável.

No canto oposto à teoria do duplo efeito está a administração de medicamento letal a paciente com doença psíquica, sem dor física, que é intervenção médica elevada, com ação cujo efeito é necessário e com solicitação de consequências que se experimentarão não brevemente, pelo que, pela análise tipológica, constitui ato que exige regulamentação extrema, dada a disponibilização da vida em grau máximo. Se a pessoa em questão fosse um menor, a situação seria ainda mais grave (para supor situação possível a partir da legislação belga, por exemplo).

Ou seja, situações que, atualmente, não passam por nenhum controle deveriam sofrê-lo e situações que, hodiernamente, são prosritas deveriam ser permitidas. Em todos os casos, as práticas precisariam passar por escrutínio público constante, de modo a se manter vigilância sobre o “efeito dominó” – improvável, mas que enseja precaução, é certo. A submissão das decisões de fim de vida ao critério conceitual, cujo pluralismo é contraditório e sobreposto, impede que se compreenda adequadamente as situações terminais.

O direito é medida. Medida no sentido de “medidas”, decisões, regras; no sentido instrumental, como a régua da balança que medeia os interesses conflituosos; medida, num terceiro sentido, de equilíbrio, moderação, “jurisprudência”; por fim, no sentido de “comedimento”, de escolha do momento oportuno. São os quatro sentidos do direito e do tempo (OST, 1999, p. 426) que ditam o ritmo da vida e da morte.

Se compreender “a vida como ela é” escandaliza, como o fez Nelson Rodrigues, compreender “a morte como ela é” não é menos chocante. Não obstante, não parece mais apropriado ocultar as decisões de fim de vida sob o pluralismo conceitual e manter o *status quo* no qual a autonomia da pessoa é meramente simbólica, a indisponibilidade da vida é falseada e a dignidade da pessoa é espicaçada precisamente quando sua história biográfica se encontra no epílogo.

Ost (1999, p. 14) afirma que o “direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em compensação, o tempo determina a força instituinte do direito”. A morte é, nesse sentido, a fraqueza do direito, porque com ela há o não tempo, daí ele afetar diretamente o “tempo de vida”. Mas ela também evoca a relação existente entre “a Temperança, que é a sabedoria do tempo, e a Justiça, que é a sabedoria do direito” (OST, 1999, p. 12).

É chegada a hora de, verdadeiramente, repersonalizar o direito à vida, transformando a pessoa-objeto em pessoa-sujeito também nas decisões de fim de vida, protegendo-a em suas resoluções existenciais; amparando-a quando do ponto final de sua autobiografia; possibilitando que tenha uma morte digna. “A morte deve apenas se tornar a saída discreta, mas digna, de um vivo sereno, de uma sociedade solícita, que não esfacela nem perturba demais a ideia de uma passagem biológica, sem significação, sem esforço, nem sofrimento e, finalmente, sem angústia” (ARIÈS, 2014, p. 826).

Do contrário, o direito, em sua “majestade e tranquilidade infinitas”, continuará a reproduzir, na busca de respostas às decisões terminais, a mesma tragicômica resposta “à vida, ao universo e a tudo o mais” que o Pensador Profundo de Adams deu: “quarenta e dois”. Talqualmente a fictícia máquina esclareceu aos seus interlocutores, “quarenta e dois” é uma resposta que vem a reboque de uma pergunta que precisa ser adequadamente feita.

Como os interlocutores do Pensador Profundo ainda precisavam compreender a pergunta para que a resposta tivesse sentido, o direito ainda precisa compreender adequadamente a interrogação a ser feita às decisões de fim de vida para que a resposta tenha sentido. Do mesmo modo que o Pensador Profundo reconheceu não ter capacidade para calcular a pergunta, a tese também reconhece tal incapacidade. Entretanto, após o desvelamento da insuficiência das coevas respostas, assume-se a

postura de que a substituição do pluralismo conceitual pelo pensamento tipológico e o abandono da absolutização desmesurada do direito à vida em prol da vera dignificação da vida e da morte possam traçar os limites e as possibilidades da interrogação a se fazer.



## REFERÊNCIAS

ADINOLFI, Massimo. Lo spazio di una politica laica. In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (orgs.). **Diritto e vita**: biodiritto, bioetica, biopolitica. Soveria Mannelli: Rubbettino Editore, 2010, p. 603-610.

AMADEU, Maria Simone Utida dos Santos et. al]. **Manual de normalização de documentos científicos de acordo com as normas da ABNT**. Curitiba: UFPR, 2015

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coords.). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 61-77.

ANNAS, George J. Culture of life: politics and the bedside – the case of Terri Schiavo. In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 291-296.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARIÈS, Philippe. **O homem diante da morte**. São Paulo: UNESP, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Orgs.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 423-445.

ASCHER, Nelson. Poesia é o que se ganha na tradução. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 abr. 2003. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq2804200313.htm>. Acessado em: 17 jul. 2017.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 797, p. 11-26, mar. 2002.

BAHBOUT, Scialom. Morte cerebrale e uscita dalla vita: domande etiche e soluzioni legislative. In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita**: biodiritto, bioetica, biopolitica. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 263-268.

BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; QUINTANEIRO, Tania. Max Weber. In: \_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. **Um toque de clássicos**: Mark, Durkheim, Weber. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 97-137.

BATTIN, Margaret Pabst. The way we do it, the way they do it. In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 269-290.

BAUDRILLARD, Jean. **A troca simbólica e a morte**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

BECCHI, Paolo. Perché una riflessione sui morti è importante per la vita. In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita**: biodiritto, bioetica, biopolitica. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 187-195.

BÉLGICA, 14 juin 2002c. **Loi relative aux soins palliatifs**. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2002/06/14/2002022868/justel>. Acessado em: 10 dez. 2015.

BÉLGICA, 10 novembre 2005. **Loi compléant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie par des dispositions concernant le rôle du pharmacien et l'utilisation el la disponibilité des substances euthanasiantes**. Disponível em: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1832/51K1832001.pdf>. Acessado: 10 dez. 2015.

BÉLGICA, 16 juin 2016a. **Loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie en ce qui concerne la composition de la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation**. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2016/06/16/2016009312/justel>. Acessado em: 3 jul. 2017.

BÉLGICA, 2 avril 2003. **Arrêté royal fixant les modalités suivant lesquelles la déclaration anticipée relative à l'euthanasie est rédigée, reconfirmée, révisée ou retirée**. Disponível em: [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2003040239&table\\_name=loi](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2003040239&table_name=loi). Acessado em: 15 dez. 2015.

BÉLGICA, 21 juillet 2016b. **Loi modifiant la loi du 14 juin 2002 relative aux soins palliatifs en vue d'élargir la définition des soins palliatifs**. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2016/07/21/2016024163/justel>. Acessado em: 3 jul. 2017.

BÉLGICA, 22 août 2002b. **Loi relative aux droits du patient**. 2002. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2002/08/22/2002022737/justel>. Acessado em: 14 dez. 2015.

BÉLGICA, 27 avril 2007. **Arrêté royal réglant la façon dont la déclaration anticipée en matière d'euthanasie est enregistrée et est communiquée via les services du Registre national aux médecins concernés**. Disponível em: [http://health.belgium.be/internet2Prd/groups/public/@public/@dg1/@acutecare/documents/ie2law/14088506\\_fr.pdf](http://health.belgium.be/internet2Prd/groups/public/@public/@dg1/@acutecare/documents/ie2law/14088506_fr.pdf). Acessado em: 15 dez. 2015.

BÉLGICA, 28 février 2014. **Loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie en vue de l'étendre aux mineurs**. Disponível em: <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/53/3245/53K3245005.pdf>. Acessado em: 10 dez. 2015.

BÉLGICA. 28 mai 2002a. **Loi relative à l'euthanasie**. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2002/05/28/2002009590/justel>. Acessado em: 12 dez. 2015.

BÉLGICA. 8 juin 1867. **Code Pénal**. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1867/06/08/1867060850/justel>. Acessado em: 3 jul. 2017.

BERLINGUER, Giovanni. **Bioética cotidiana**. Brasília: UnB, 2004.

BISOGLI, Giovanni. Interpretazione e decisione: riflessioni sul caso Welby. In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita**: biodiritto, bioetica, biopolitica. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 247-257.

BIZZATO, José Ildefonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. 2. ed. São Paulo: De direito, 2000.

BLUSTEIN, Jeffrey. Doing what the patient orders: maintaining integrity in the doctor-patient relationship. In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 367-394.

BONDT, Walter De; VANSWEEVELT, Thierry. The Belgian Euthanasia Act 2002. In: DIRIX, Eric; LELEU, Yves-Henry (Ed.) **De belgische rapporten voor het congres van de «Académie Internationale de Droit Comparé» te Utrecht**. Bruxelles: Bruylant, 2006, p. 783-820.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 283-305.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Indicadores e dados básicos – Brasil 2012**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2012/matriz.htm#recur>. Acessado em: 14 de jan. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde Brasil 2013**: uma análise da situação de saúde e das doenças transmissíveis relacionadas à pobreza. Brasília, DF, 2014. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude\\_brasil\\_2013\\_analise\\_situacao\\_saude.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_brasil_2013_analise_situacao_saude.pdf). Acessado em: 26 jan. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei 1.309 de 1968. **Dispõe sobre a extirpação e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêuticas**. 1968a. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD18MAI1968.pdf#page=13>. Acessado em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei 1.309-C de 1968. **Dispõe sobre a extirpação e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêuticas**. 1968b. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24JUL1968.pdf#page=7>. Acessado em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei 1.309-D de 1968. **Dispõe sobre a extirpação e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêuticas**. 1968c. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24JUL1968.pdf#page=7>. Acessado em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **HC 268.459/SP**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 28/10/2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seuencial=33010937&num\\_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seuencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF). Acessado em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp 1.546.165-SP**, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, por maioria, julgado em 26/4/2016, DJe 6/9/2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seuencial=53164596&num\\_registro=201403082061&data=20160906&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seuencial=53164596&num_registro=201403082061&data=20160906&tipo=51&formato=PDF). Acessado em: 14 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **RHC 7.785/SP**, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/1998, DJ 30/11/1998, p. 209. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199800517561&dt\\_publicacao=30-11-1998&cod\\_tipo\\_documento=3](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800517561&dt_publicacao=30-11-1998&cod_tipo_documento=3). Acessado em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 3.510/DF**, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acessado em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Relatório sistêmico de fiscalização da saúde**: FISC-SAÚDE. TC nº. 032.624/2013-1, Relator: Ministro Benjamin Zymler, Brasília, DF, 26 de março de 2014. Disponível em: [http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias\\_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf](http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf). Acessado em: 14 jan. 2016.

BYK, Christian. Le droit international de la «bioéthique»: «*jus gentium*» ou «*lex mercatoria*»? **Journal du droit international**, Paris, 124e année, n. 4, p. 913-944, oct./nov. 1997.

CALIENDO, Antonio. Il sollievo dal dolore e l'etica delle cure palliative. In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita**: biodiritto, bioetica, biopolitica. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 43-57.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARBONNIER, Jean. **Flexible droit**: pour une sociologie du droit sans rigueur. 10. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2007.

CASONATO, Carlo. Le direttive anticipate di trattamento: un fenomeno paradigmatico dei problemi del biodiritto. In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita**: biodiritto, bioetica, biopolitica. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 323-337.

CELLULE FÉDÉRALE D'ÉVALUATION DES SOINS PALLIATIFS (CFESP). **Rapport d'évaluation des soins palliatifs**. Bruxelles: [s.n.], 2008. Disponível em: [http://www.palliabru.be/wp-content/uploads/2012/06/15720532\\_fr.pdf](http://www.palliabru.be/wp-content/uploads/2012/06/15720532_fr.pdf). Acessado em: 4 dez. 2015.

CHAVES, Márcia L. F.; FINKELSZTEJN, Alessandro; STEFANI, Marco Antonio. **Rotinas em Neurologia e Neurocirurgia**. Porto Alegre: Artmed, 2008.

CLARK, Nina. **The Politics of Physician Assisted Suicide**. New York: Routledge, 2011.

CLARKE, Steve; OAKLEY, Justin. Informed consent and surgeon's performance. In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 29-53.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-970/14**, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, Sala Novena de Revisión, Juzgado en 15 de diciembre de dos mil catorce. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>. Acessado em: 12 mar. 2016.

COLOMBO, Sylviane. Le cure palliative in Israele: riconoscimento e legislazione. In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita**: biodiritto, bioetica, biopolitica. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 23-31.

COMMISSION FÉDÉRALE DE CONTRÔLE ET D'ÉVALUATION DE L'EUTHANASIE (CFCEE). **Premier rapport aux chambres législatives** (22 septembre 2002 – 31 décembre 2003). Bruxelles: [s.n.], 2004. Disponível em: [http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/federale\\_c\\_ontrole\\_en\\_evaluatiecommissie\\_euthanasie-fr/14276508\\_fr.pdf](http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/federale_c_ontrole_en_evaluatiecommissie_euthanasie-fr/14276508_fr.pdf). Acessado em: 20 jul. 2017.

COMMISSION FÉDÉRALE DE CONTRÔLE ET D'ÉVALUATION DE L'EUTHANASIE (CFCEE). **Deuxième rapport aux chambres législatives** (années 2004 et 2005). Bruxelles: [s.n.], 2006. Disponível em: [http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/federale\\_c\\_ontrole\\_en\\_evaluatiecommissie\\_euthanasie-fr/14088500\\_fr.pdf](http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/federale_c_ontrole_en_evaluatiecommissie_euthanasie-fr/14088500_fr.pdf). Acessado em: 20 jul. 2017.

COMMISSION FÉDÉRALE DE CONTRÔLE ET D'ÉVALUATION DE L'EUTHANASIE (CFCEE). **Troisième rapport aux chambres législatives** (années 2006 et 2007). Bruxelles: [s.n.], 2008. Disponível em: [http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/federale\\_c\\_ontrole\\_en\\_evaluatiecommissie\\_euthanasie-fr/14280500\\_fr.pdf](http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/federale_c_ontrole_en_evaluatiecommissie_euthanasie-fr/14280500_fr.pdf). Acessado em: 20 jul. 2017.

COMMISSION FÉDÉRALE DE CONTRÔLE ET D'ÉVALUATION DE L'EUTHANASIE (CFCEE). **Quatrième rapport aux chambres législatives** (années 2008 et 2009). Bruxelles: [s.n.], 2010. Disponível em: [http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/federale\\_c\\_ontrole\\_en\\_evaluatiecommissie\\_euthanasie-fr/19063733\\_fr.pdf](http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/federale_c_ontrole_en_evaluatiecommissie_euthanasie-fr/19063733_fr.pdf). Acessado em: 20 jul. 2017.

COMMISSION FÉDÉRALE DE CONTRÔLE ET D'ÉVALUATION DE L'EUTHANASIE (CFCEE). **Cinquième rapport aux chambres législatives** (années 2010-2011). Bruxelles: [s.n.], 2012. Disponível em: [http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/federale\\_c\\_ontrole\\_en\\_evaluatiecommissie\\_euthanasie-fr/19078961\\_fr.pdf](http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/federale_c_ontrole_en_evaluatiecommissie_euthanasie-fr/19078961_fr.pdf). Acessado em: 20 jul. 2017.

COMMISSION FÉDÉRALE DE CONTRÔLE ET D'ÉVALUATION DE L'EUTHANASIE (CFCEE). **Sixième rapport aux chambres législatives** (années 2012-2013). Bruxelles: [s.n.], 2014. Disponível em: [http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/federale\\_c\\_ontrole\\_en\\_evaluatiecommissie\\_euthanasie-fr/19097638\\_fr.pdf](http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/federale_c_ontrole_en_evaluatiecommissie_euthanasie-fr/19097638_fr.pdf). Acessado em: 20 jul. 2017.

COMMISSION FÉDÉRALE DE CONTRÔLE ET D'ÉVALUATION DE L'EUTHANASIE (CFCEE). **Septième rapport aux chambres législatives** (années 2014-2015). Bruxelles: [s.n.], 2016. Disponível em: [http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/7\\_rapport-euthanasie\\_2014-2015-fr.pdf](http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/7_rapport-euthanasie_2014-2015-fr.pdf). Acessado em: 20 jul. 2017.



CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução 1.021/1980. **[Interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes a recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida]** Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1980/1021\\_1980.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1980/1021_1980.htm). Acessado em: 10 abr. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução 1.805/2006. **Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.** Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm). Acessado em: 3 jul. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução 1.931/2009. **Aprova o Código de Ética Médica.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2009/1931>. Acessado em: 3 jul. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução 1.995/2012. **Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.** Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf). Acessado em: 3 jul. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução 2.156/2016. **Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>. Acessado em: jul. 2017.

CORRÊA, Adriana Espíndola. **Consentimento livre e esclarecido:** o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito, 2010a.

CORRÊA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado:** bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica. Florianópolis: Conceito, 2010b.

CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Judith-Martins. As interfaces entre a bioética e o direito. In: CLOTET, Joaquim (Org.). **Bioética.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

COUNCIL OF EUROPE (COE). Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. **European Treaty Series**, v. 4, n. 164,



Oviedo, 1997. Disponível em: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf98>. Acessado em: 9 fev. 2016.

CUCCINIELLO, Antonio. Eutanasia e vivente: argomentazioni cattoliche e laiche a confronto. In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica**. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 223-232.

DANIELS, Norman. Why saying no to patients in the United States is so hard: cost containment, justice, and provider autonomy. In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 73-76.

DAWBER, Alistair. Israel gave birth control to Ethiopian Jews without their consent. **Independent**. London, jan. 27<sup>th</sup> 2013. Disponível em: <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/israel-gave-birth-control-to-ethiopian-jews-without-their-consent-8468800.html>. Acessado em: 3 fev. 2016.

DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR HUMANES STERBEN (DGHS). **Die Patientenschutzorganisation**. Berlin: [s.n.], 2015. Disponível em: [http://www.dghs.de/fileadmin/user\\_upload/Dateien/PDF/Flyer/Info-Broschuere\\_04.06..pdf](http://www.dghs.de/fileadmin/user_upload/Dateien/PDF/Flyer/Info-Broschuere_04.06..pdf). Acessado em: 27 jan. 2016.

DOUSSET, Laurent. La mort chez les Ngaatjatjarra. In: GODELIER, Maurice (Org.). **La mort et ses au-delà**. (Bibliothèque de L'Anthropologie) Paris: CNRS Éditions, 2014, p. 387-410.

DRESSER, Rebecca. Dworkin on dementia: elegant theory, questionable policy. In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 65-71.  
DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação na América Latina**. São Paulo: Loyola/UNIMEP, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Felicidade artificial: o lado negro da nova classe feliz**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

EMAMI, Sarah. **Consumer over-indebtedness and health care costs: how to approach the question from a global perspective**. [S.l.: s.n.], 2010. 15 p. (World Health Report Background Paper n°. 3). Disponível em: <http://www.who.int/healthsystems/topics/financing/healthreport/3BackgroundPaperMedBankruptcy.pdf>. Acessado em: 12 jan. 2016.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

ESPAÑA, 2015. **Código penal y legislación complementaria**. Disponível em: [https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038\\_Codigo\\_Penal\\_y\\_legislacion\\_complementaria&modo=1](https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1). Acessado em: 8 dez. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). H. R. 4449. **Patient Self Determination Act of 1990**. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/4449/text>. Acessado em: 11 mai. 2017.

ESTEVES, Rafael; MULTEDO, Renata Vilela. Reflexões sobre o conteúdo não-patrimonial da relação médico-paciente. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 315-338.

EUSEBI, Luciano di. Dignità umana e indisponibilità della vita. Sui rischi dell'asserito "diritto" di morire. In: FURLAN, Enrico (Org.). **Bioetica e dignità umana: interpretazioni a confronto a partire della Convenzione di Oviedo**. Milano: Franco Angeli, 2009, p. 203-220.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição do direito de família contemporâneo sob o novo código civil brasileiro. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Orgs.). **Leituras complementares de direito civil: direito das famílias**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 23-42.

FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional. **Revista de derecho comparado**, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, n. 15, segunda parte (reformas concursales), p. 243-271, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI (FENOMCEO). **Codice di deontologia medica**. Disponível em: [http://ape.agenas.it/documenti/provider/Medici\\_FNOMCEO.pdf](http://ape.agenas.it/documenti/provider/Medici_FNOMCEO.pdf). Acessado em: 9 fev. 2016.

FILER, Sam. **Quality of life: who is the judge?** Toronto: [s.n.], 200-. Disponível em: <http://abilities.ca/quality-of-life/>. Acessado em: 22 fev. 2016.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FORMOSO, Bernard. La mort chez le Thaïs bouddhistes. In: GODELIER, Maurice (Org.). **La mort et ses au-delà**. (Bibliothèque de L'Anthropologie) Paris: CNRS Éditions, 2014, p. 275-296.

FRAGA, Ana Cristina. **Filé a Osvaldo Aranha!**: contos fluminenses. v. 4. Uberaba: Do Autor, 2015.

FRANÇA. Décret n° 53-1001 du 5 octobre 1953 portant codification des textes législatifs concernant la santé publique. **Code de La Santé Publique**. Version consolidée au 1 juillet 2017. Disponible em:  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665>.  
 Acessado em: 3 jul. 2017.

FRANÇA. **Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie**. Disponible em:  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000446240&categorieLien=id>. Acessado em: 3 jul. 2017.

FRANÇA. **Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie**. Disponible em:  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031970253&categorieLien=id>. Acessado em: 3 jul. 2017.

FRONTISI-DUCROUX, Françoise. La mort en Grèce antique. In: GODELIER, Maurice (Org.). **La mort et ses au-delà**. (Bibliothèque de L'Anthropologie) Paris: CNRS Éditions, 2014, p. 51-63.

GALEY, Jean-Claude. La mort en Inde. In: GODELIER, Maurice (Org.). **La mort et ses au-delà**. (Bibliothèque de L'Anthropologie) Paris: CNRS Éditions, 2014, p. 241-273.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GEDIEL, José Antônio Peres. Prefácio. In: CORRÊA, Adriana Espíndola. **Consentimento livre e esclarecido**: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito, 2010.

GILDER, Stanley S. B. Twenty-Second World Medical Assembly. **British Medical Journal**. v. 3.5616, p. 493-494, 1968. Disponible em:  
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1986380/?page=1>. Acessado em: 19 jun. 2017.

GODELIER, Maurice. La mort chez les Baruya (Mélanésie). In: \_\_\_\_\_. **La mort et ses au-delà**. (Bibliothèque de L'Anthropologie) Paris: CNRS Éditions, 2014b, p. 355-366.

GODELIER, Maurice. **La mort et ses au-delà**. (Bibliothèque de L'Anthropologie) Paris: CNRS Éditions, 2014a.

GODOY, Gabriel Gualano de. **Acórdão Perruche e o direito de não nascer**. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

GOLDBERG, Sylvie-Anne. La mort dans le monde juif. In: GODELIER, Maurice (Org.). **La mort et ses au-delà**. (Bibliothèque de L'Anthropologie) Paris: CNRS Éditions, 2014, p. 119-187.

GOULARD, Jean-Pierre. La mort chez les Tikuna (Amazonie). In: GODELIER, Maurice (Org.). **La mort et ses au-delà**. (Bibliothèque de L'Anthropologie) Paris: CNRS Éditions, 2014, p. 315-334.

GROENHUIJSEN, Marc. Euthanasia and the criminal justice system. In: BOELE-WOELKI, Katharina; ERP, Sjef van (Ed.). **General reports of the XVIIth congress of the international academy of comparative law**. Utrecht: Eleven International Publishing, 2007, p. 925-950.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia**: novas considerações penais. Leme: Mizuno, 2011.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45-103.

HARDWIG, John. What about the family? In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 59-64.

IRTI, Natalino. **A técnica como Grundnorm do mercado?** Conferência proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil. 31 out. 2008. Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná. Tradução: Elisete Antoniuk

ITÁLIA, 22 dicembre 1947. **Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acessado em: 17 dez. 2015.

ITÁLIA. 16 marzo 1942. **Codice civile**. Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/11/18/delle-misure-di-protezione-delle-persone-prive-in-tutto-od-in-parte-di-autonomia>. Acessado em: 17 jul. 2017.

JAMBET, Christian. La mort en islam. In: GODELIER, Maurice (Org.). **La mort et ses au-delà**. (Bibliothèque de L'Anthropologie) Paris: CNRS Éditions, 2014, p. 159-177.

JEUDY-BALLINI, Monique. La mort chez les Sulka (Mélanésie). In: GODELIER, Maurice (Org.). **La mort et ses au-delà**. (Bibliothèque de L'Anthropologie) Paris: CNRS Éditions, 2014, p. 367-386.

JOFFE, Ari R. et al. A survey of American neurologists about brain death: understanding the conceptual basis and diagnostic tests for brain death. **Annals of Intensive Care**. [S.l.; s.n]: 2012. Disponível em: <https://annalsofintensivecare.springeropen.com/articles/10.1186/2110-5820-2-4>. Acessado em: 21 jun. 2016.

JOURNAL OF THE AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION (JAMA). **A definition of irreversible coma**. Report of the ad hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death. Chicago, 1968, 205 (6): 337-340, DOI: 10.1001/jama.1968.03140320031009. Disponível em: <http://jama.jamanetwork.com/article.aspx?articleid=340177>. Acessado em: 15 jan. 2016.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Coleção Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 1959.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

KARADIMAS, Dimitri. La mort chez les Miraña (Amazonie). In: GODELIER, Maurice (Org.). **La mort et ses au-delà**. (Bibliothèque de L'Anthropologie) Paris: CNRS Éditions, 2014, p. 335-354.

KASS, Leon R. Neither for love nor money: why doctors must not kill. In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 337-358.

KELLY, William W.; MANGAN, J. A. **The new geopolitics of sport in East Asia** (Sport in the global society: historical perspectives). New York: Routledge, 2014.

KERRIDGE, Ian; LOWE, Michael; MCPHEE, John. **Ethics and law for the health professions**. 2. ed. Sydney: The Federation Press, 2005.

KNOPPERS, Bartha Maria. Overview of law and policy challenges. **Louisiana Law Review**, Baton Rouge, v. 66, p. 21-31, dec. 2005.

KOCH, Tom. End-of-life issues: a disabilities perspective. In: BRAUN, Kathryn L.; PIETSCH, James H.; BLANCHETTE, Patricia L. (Ed.). **Cultural issues in end-of-life decision making**. New Delhi: Sage Publications, 2000, p. 285-305.

KUHSE, Helga. A modern myth. That letting die is not the intentional causation of death: some reflections on the trial and acquittal of Dr Leonard Arthur. In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 251-268.

LACORDAIRE, Jean-Baptiste-Henry Dominique. **Conferénces de Notre Dame de Paris**. Tome II (années 1845-1846-1848) Paris: Librairie de M<sup>me</sup> Ve Poussielgue-Rusand, 1861. Disponível em: <https://archive.org/details/oeuvresdurphenri03laco>. Acessado em: 14 jun. 2017.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LE BRETON, David. The individual nature of death. In: FEUILLET-LIGER, Brigitte; ORFALI, Kristina; CALLUS, Thérèse (Ed.). **Families and end-of-life treatment decisions**: an international perspective. Collection Droit, Bioéthique et société. n. 6. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2013, p. 27-34.

LE COZ, Pierre. Loved ones' role in end of life care: evaluating deontological and utilitarian ethical arguments. In: FEUILLET-LIGER, Brigitte; ORFALI, Kristina; CALLUS, Thérèse (Ed.). **Families and end-of-life treatment decisions**: an international perspective. Collection Droit, Bioéthique et société. n. 6. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2013, p. 15-33.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Série Métodos em Direito; v. 1.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98-119.

LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**: aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Atheneu, 2011.

LOUHALA, Pekka. **Preventing intellectual disability: ethical and clinical issues**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. (Coleção Sociologia).

MACHADO, Calixto et al. The Concept of Brain Death Did Not Evolve to Benefit Organ Transplants. **Journal of Medical Ethics**, v. 33.4, p. 197-200, 2007. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2652772/#ref38>. Acessado em: 19 jun. 2017.

MANCUSO, Francesco. Dolore, dignità, speranza: il diritto alla salute nei pazienti in fase di fine vita. In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita**: biodiritto, bioetica, biopolitica. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010a, p. 59-70.

MANCUSO, Francesco. Valori, democrazia, principi: a partire dal testamento biologico. In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita**: biodiritto, bioetica, biopolitica. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010b, p. 213-221.



MARINO, Ignazio. La politica di fronte alle tematiche sulla fine della vita. In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita**: biodiritto, bioetica, biopolitica. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 173-179.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 475 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Centro de Pós-Graduação em Direito, do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MCMAHAN, Jeff. Death and the value of life. In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 297-326.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELZACK, Ronald; WALL, Patrick D. Pain mechanisms: a new theory. **Revista Science**, New series, Washington, v. 150, n. 3.699, p. 971-979, 19 nov. 1965.

Disponível em:

<http://www.pain.anes.pitt.edu/sites/default/files/documents/MelzackandWallGateControlTheory.pdf>. Acessado em: 5 fev. 2016.

MEMMI, Dominique. **Faire vivre et laisser mourir**: le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort. Paris: La Découverte, 2003.

MILLER, Bruce L. Autonomy & the Refusal of Lifesaving Treatment. In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 3-9.

MILLER, Franklin G.; BRODY, Howard. Professional integrity and physician-assisted death. In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 359-368.

MONTANO, Aniello. Il paziente cronico e la sofferenza nella riflessione filosofica. In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita**: biodiritto, bioetica, biopolitica. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 17-22.

MONTERO, Etienne. **Suicide, euthanasie et suicide assisté**: Le rôle de la loi face aux demandes de mort. Communication dans le cadre de la journée d'étude sur le suicide, l'euthanasie et le suicide assisté, à l'invitation du Centre de Prévention du suicide,



Bruxelles, le 5 février 2009. Disponível em: <http://www.ieb-eib.org/nl/pdf/20090205suicideeuthanasiamontero.pdf>. Acessado em: 12 fev. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORIN, Edgar. **O mundo moderno e a questão judaica**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007

O'NEIL, Onora. Paternalism and partial autonomy. In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 23-28.

OLSHANSKY, S. Jay; AULT, Brian. The fourth stage of the epidemiologic transition: the age of delayed degenerative diseases. **The Milbank Quarterly**, v. 64, n. 3, 1986, p. 355-391. Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3762504>. Acessado em: 27 jan. 2016.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PALAZZO, Enza; MAIONE, Sabatino. La patologia dolorosa cronica e il problema della "oppiofobia". In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita**: biodiritto, bioetica, biopolitica. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 33-42.

PANEBIANCO, Mario. Corte di Cassazione e caso Englaro. In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita**: biodiritto, bioetica, biopolitica. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 259-262.

PAZ, Miguel Ángel Núñez. **Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad**. Madrid: Tecnos, 1999.

PAZ, Octavio. **El laberinto de la soledad**: postdata y vuelta a el laberinto de la soledad. 5. ed. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2015.

PAZ, Octavio. La búsqueda del presente. In: FRÄNGSMYR, Tore (Ed.). **Les Prix Nobel**. Stockholm: Nobel Foundation, 1991. Disponível em: [http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/literature/laureates/1990/paz-lecture-s.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/literature/laureates/1990/paz-lecture-s.html). Acessado em: 20 jun. 2017.

PAZ, Octavio. **La llama doble**: amor y erotismo. México D.F.: Seix Barral, 1994.

PENCE, Gregory. **Medical Ethics**: Accounts of Ground-Breaking Cases. 8. ed. New York: McGraw-Hill Education, 2017.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PÉREZ, Jesús González. **La dignidad de la persona**. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

PERINI, Felipe; BONAMIGO, Elcio. Sinal de Lázaró: um movimento no paciente com morte encefálica. **Anais de Medicina**. II Jornada Acadêmica Interdisciplinar Internacional do Curso de Medicina. Joaçaba: UNOESC, 2016. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/anaisdemedicina/issue/view/251>. Acessado em: 20 jun. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo II: Bens, fatos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo III: Negócios jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.

PRATA, Pedro Reginaldo. The epidemiologic transition in Brazil. **Caderno Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 8 (2): 168-175, abr/jun, 1992. Disponível em: <http://www.scielosp.org/pdf/csp/v8n2/v8n2a08>. Acessado em: 27 jan. 2016.

PRODOMO, Raffaele. Etica di fine vita: è possibile un consenso condiviso sulle direttive anticipate? In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica**. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 179-195.

QUER, Giovanni. L'eutanasia tra ebraismo e democrazia: autonomia limitata del paziente nell'ordenamento israeliano In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica**. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 233-245.

QUILL, Timothy E. Death and dignity: a case of individualized decision making. **New England Journal of Medicine**, 1991; 324:691-694 March 7, 1991. DOI: 10.1056/NEJM199103073241010.

RADY, Mohamed Y.; VERHEIJDE, Joseph L. Brain-Dead Patients are not Cadavers: The Need to Revise the Definition of Death in Muslim Communities. **Hec Forum**, n. 25, p. 25-25. Disponível em: [https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3574564/pdf/10730\\_2012\\_Article\\_9196.pdf](https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3574564/pdf/10730_2012_Article_9196.pdf). Acessado em: 20 jun. 2017.

RESCIGNO, Francesca. La Costituzione e la vita: diritto o dovere? In: LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco (Orgs.). **Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica**. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010, p. 197-211.

RIZZO, Mario; WHITMAN, Douglas. The Camel's Nose Is in the Tent: Rules, Theories, and Slippery Slopes. **UCLA Law Review**, v. 51, n. 2, p. 539-592, dec. 2003. Disponível em: <http://www.uclalawreview.org/wp->

[content/uploads/2016/12/24\\_51UCLALRev5392003-2004.pdf](#). Acessado em: 21 mai. 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, v. 1, n. 4, p. 23-49, 1999.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

RÖHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROTHSTEIN, Mark A. Privacy and confidentiality. In: JOLY, Yann; KNOPPERS, Bartha Maria (Ed.). **Routledge Handbook of Medical Law and Ethics**. New York: Routledge, 2015, p. 52-66.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro. 402 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

SÁ, Elida. **Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire; LIMA; Taisa Maria Macena de. Extensão e limites da autonomia parental em face da autonomia da criança e do adolescente em questões médicas. In: CARLOS, José Cordeiro; GOMES, Josiane Araújo (Coords.). **Temas contemporâneos de direito das famílias**. v. 2. São Paulo: Pillares, 2015, p. 289-301.

SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015a.

SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. Direito de morrer: a realização da personalidade e a efetivação do direito de viver. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Orgs.). **Leituras complementares de direito civil: direito das famílias**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 357-370.

SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. Estudo de biodireito: a morte como construção autobiográfica e as diretivas antecipadas de vontade. In: CARLOS, José Cordeiro; GOMES, Josiane Araújo (Coords.). **Temas contemporâneos de direito das famílias**. São Paulo: Pillares, 2015b, p. 289-314.

SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. Sujeitos de direito e tecnologias da vida: as dimensões da personalidade e os desafios do direito moderno. In: NETTO, Felipe Peixoto Braga; SILVA, Michael Cesar (Orgs.). **Direito privado e**

**contemporaneidade:** desafios e perspectivas do direito privado no século XXI. Belo Horizonte: D'Plácido: 2014, p. 33-41.

SÁ, Maria de Fátima Freire; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e direito de morrer. In: FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coords.). **Direito civil:** atualidades III – princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 37-54.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito de morrer:** eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. rev. e. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009b.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMITT, Jean-Claude. La mort dans le Moyen Âge chrétien. In: GODELIER, Maurice (Org.). **La mort et ses au-delà.** (Bibliothèque de L'Anthropologie) Paris: CNRS Éditions, 2014, p. 179-201.

SCHRAMM, Joyce Mendes de Andrade et al. Transição epidemiológica e o estudo de carga de doença no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, 9 (4): 897-908, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.org/pdf/csc/v9n4/a11v9n4>. Acessado em: 27 jan. 2016.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p.84-94, 1998.

SIMONS, Marlise. Dutch Parliament Approves Law Permitting Euthanasia. New York Times, Nova York, 10 fev. 1993. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1993/02/10/world/dutch-parliament-approves-law-permitting-euthanasia.html>. Acessado em: 18 jun. 2017.

SINGER, Peter. Presidential address: is the sanctity of life ethic terminally ill?. In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics.** Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 233-249.

SOUSA, Paulo Henrique Martins de. **A dimensão ecológica da dignidade humana**. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

SOUSA, Paulo Henrique Martins de. De Kevorkian a Egoyan: o suicídio assistido entre o direito e a arte. In: DADALTO, Luciana (Org.). **Diretivas antecipadas de vontade**: ensaios sobre o direito à autodeterminação. Belo Horizonte: Letramento, 2013, p. 261-280.

STARCK, Christian. A dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental Alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Tradução de Luís Marcos Sander. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 199-224.

SUÍÇA. 21 décembre 1937. **Code Pénal Suisse**. Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html>. Acessado em: 14 dez. 2015.

TANAKA, Oswaldo Yoshimi; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Reforma(s) e estruturação do sistema de saúde britânico: lições para o SUS. **Revista Saúde e Sociedade**, v. 16, n. 1, jan-abr. 2007, p. 7-17. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v16n1/02.pdf>. Acessado em: 14 jan. 2016.

THE AUSTRALIAN FAMILY ASSOCIATION (TAFSA). Submission 001. In: LEGISLATIVE ASSEMBLY OF THE NORTHERN TERRITORY (LANT). **Report of the inquiry by the select committee on euthanasia**, Darwin, v. 3: written submissions, part A: 001 to 304, 1995. Disponível em: <http://www.nt.gov.au/lant/parliamentary-business/committees/rotti/rottitrans/vol3a.pdf>. Acessado em: 24 fev. 2016.

THERY, Irène. The dying person and the triangle of loved ones: for a relational approach to the end of life. In: FEUILLET-LIGER, Brigitte; ORFALI, Kristina; CALLUS, Thérèse (Ed.). **Families and end-of-life treatment decisions**: an international perspective. Collection Droit, Bioéthique et société. n. 6. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2013, p. 35-54.

THOMAS, Albert Garth. Continuing the definition of death debate: the report of the president's council on bioethics on controversies in the determination of death. **Bioethics**. v. 26, n. 2, p. 101-107, nov. 2012. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-8519.2010.01812.x/full>. Acessado em: 20 jun. 2017.

THORAVALL, Joël. La mort en Chine. In: GODELIER, Maurice (Org.). **La mort et ses au-delà**. (Bibliothèque de L'Anthropologie) Paris: CNRS Éditions, 2014, p. 203-240.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRAGTENBERG, Maurício. Apresentação. In: WEBER, Max. **Textos selecionados**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

VAINSENCER, Semira Adler. **Enterro judeu**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2016. Pesquisa Escolar Online. Disponível em: [http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=255:enterro-judeu-&catid=40:letra-e](http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/index.php?option=com_content&view=article&id=255:enterro-judeu-&catid=40:letra-e). Acessado em: 15 fev. 2016.

VARELLA, Drauzio. **O juramento de Hipócrates**. Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/drauzio/o-juramento-de-hipocrates/>. Acessado em: 29 jan. 2016.

VATICANO. Código de Direito Canônico (1995). **Código de Direito Canônico de 1983**. Disponível em: [http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici\\_po.pdf](http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf). Acessado em: 7 dez. 2015.

VATICANO. Código de Direito Canônico (2000). **Código de Direito Canônico de 1917**. Disponível em: [http://www.codex-iuris-canonici.de/index\\_cic17\\_lat.htm](http://www.codex-iuris-canonici.de/index_cic17_lat.htm). Acessado em: 7 dez. 2015.

VEATCH, Robert M. Models for ethical medicine in a Revolutionary Age: why physician-patient roles faster the most ethical relationship. In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 55-57.

VOISIN, Jean-Louis. La mort dans la Rome antique. In: GODELIER, Maurice (Org.). **La mort et ses au-delà**. (Bibliothèque de L'Anthropologie) Paris: CNRS Éditions, 2014, p. 65-117.

WATCH TOWER BIBLE AND TRACT SOCIETY OF PENNSYLVANIA (WTBATSOP). **Perguntas frequentes**. New York: [s.n.], 2017. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/>. Acessado em: 15 jun. 2017.

WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**. São Paulo: Centauro, 2002.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. v. 1. 5. ed. Brasília: UnB, 2000.

WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**. Parte 2. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1992.

WEBER, Max. **Textos selecionados**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Coleção "Os economistas".

WEISBROT, David. Rethinking privacy in the genetic age. In: ATKINSON, Paul; GLASNER, Peter; LOCK, Margaret (Ed.). **Handbook of genetics and society**: mapping the new genomic era. New York: Routledge, 2009, p. 324-348.



WIKLER, Daniel. Can we learn from eugenics? In: OAKLEY, Justin (Coord.). **Bioethics**. Farnham: Ashgate Publishing, 2009, p. 517-528.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Cancer pain relief and palliative care**: report of a WHO expert committee. Geneva: Schöler: 1990. Disponível em: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/39524/1/WHO\\_TRS\\_804.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/39524/1/WHO_TRS_804.pdf). Acessado em: 6 jul. 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **WHO definition of palliative care**. Disponível em: <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>. 2002. Acessado em: 6 jul. 2017.

WUNDER, Michael. Learning with History. In: ROELCKE, V.; TOPP, S.; LEPICARD, E. (Coord.). **Silence, Scapegoats, Self-reflection**: The Shadow of Nazi Medical Crimes on Medicine and Bioethics. Göttingen: V&R Unipress, 2014.